Der Verkauf unechter Bilder

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Herbert Kieler
Gerichtsreferendar.

1930

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau in Schlesien

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0140

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung: Begrenzung der Aufgabe 1

B. Die aus dem Verkauf eines unechten Bildes, das der Käufer für echt gehalten hat, sich für ihn ergebenden Rechtsfolgen 1

I. Die Gewährleistungsansprüche 1

a) Der Anspruch aus § 462 BGB. und seine Voraussetzungen . . 2

1. Die Zulässigkeit der Gewährschaftsrechte vor Gefahrübergang im allgemeinen und im besonderen beim Verkauf eines unechten Bildes 2

2. Wann ist die Unechtheit eines Bildes ein Fehler im Sinne des § 459 I BGB.? 6

3. Der gewöhnliche und der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch eines echten Gemäldes 17

4. Der § 460 BGB. 18

b) Der Gewährschaftsanspruch aus § 463 BGB. 19

1. Die Zusicherung der Echtheit 19

2. Das arglistige Verschweigen der Echtheit 22

3. Die arglistige Vorspiegelung der Echtheit 24

II. Die Bedeutung der Culpa in contrahendo in dieser Arbeit . . . 26

III. Die positive Vertragsverletzung 29

IV. Die Anfechtung des Vertrages durch den Käufer aus § 119 BGB. wegen Irrtums über die Echtheit 30

a) Ihre Voraussetzungen 30

b) Die Konkurrenz mit den Gewährleistungsansprüchen . . . 35

V. Die arglistige Täuschung aus § 123 BGB. 43

a) Ihre Zulässigkeit neben den Gewährschaftsrechten 43

b) Voraussetzungen und Folgen des Rechtsbehelfs 44

VI. Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung 49

a) Die Konkurrenzfrage 49

b) Anspruchsvoraussetzungen 50

C. Schlußbetrachtung 52

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 11. Auflage, Berlin, Leipzig 1923.

Bank, Begriff und zivilrechtliche Bedeutung der arglistigen Täuschung. Dissertation Leipzig 1913.

Biermann, Bürgerliches Recht. I. Band, Berlin 1908.

v. Blume, Das Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandlungsrecht beim Kauf- und Mietvertrage im Recht 1907, Seite 351 ff.

v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Band 55, Seite 203 ff.

Cosak, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, 7te Auflage, Jena 1921.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, I. und II. Band, Tübingen und Leipzig 1902.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3te Auflage, Jena 1911.

Danz, Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. in Iherings Jahrbüchern, Band 46, Seite 381 ff.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. I. und II. Band. Halle 1906.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 43, Seite 305 ff

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I, Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, I. Band, 1. Abteilung. Einleitung, Allgemeiner Teil, 25./29. Auflage, Marburg 1926. I. Band, 2. Abteilung, Recht der Schuldverhältnisse, 18./22. Auflage, Marburg 1923.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe, 13. Auflage München, 1927.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht. IIIter Band, Schuldrecht. München und Leipzig 1917.
Gmelin, Zur Rechtsprechung über die wesentlichen Eigenschaften im Sinne des § 119 BGB. im Recht 1907, S. 748 ff.
Gottschalk, Die Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht. Hannover 1917.
Gschnitzer, Wesentlich und unwesentlich im BGB. im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 121, Seite 199 ff.
Haussmann, Der Irrtum im alten und neuen Recht. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1907.
Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Berlin 1913.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Kohler, Der Irrtum im Gemäldehandel, in Iherings Jahrbüchern, Band 28, Seite 256 ff.
Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Auflage, I. Band, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse I (allgemeiner Teil), II. Band, Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil), Berlin und Leipzig 1928.
Krückmann, Die Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung, im Archiv für die ziv. Praxis, Band 101, Seite 398, Tübingen 1907.
Krückmann, Zur Gewährleistungspflicht, in Leipziger Zeitschrift 1915, Nr. 20, Seite 1351 ff.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, Leipzig 1888.
Müller, E., Im Recht, 1902, Seite 576/80.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, 6te Auflage, Berlin 1912.
Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, im Archiv f. d. ziv. Praxis, Band 123, Seite 161 ff.
Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, in Iherings Jahrbüchern, Band 44, Seite 1 ff.
Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. I. Bd., Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1921.
Loewenwarter, Lehrkommentar zum BGB. I. Band: Allgemeiner Teil, Berlin 1924.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Auflage, Berlin 1927.
II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 5te Auflage, I. Abteilung, Berlin 1928, II. Abteilung, Berlin 1929.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
I. Band. 4. Auflage. Berlin 1913.
II. Band. 1te Hälfte. Berlin 1914.
II. Band. 2te Hälfte. 4te Auflage. 1. Lieferung. Berlin, Leipzig 1923. 2. Lieferung. Berlin, Leipzig 1925.
II. Band. 3te Auflage. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band. Allgemeiner Teil, Berlin 1899.
Riezler, bei Staudinger, Allgemeiner Teil. 9te Auflage. München, Berlin, Leipzig 1925.
Roth, Irrtum und Gewährleistung in Leipziger Zeitschrift 1919, Seite 617 ff.
Schefold, Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften der Sache, im Archiv f. d. ziv. Praxis, Band 109, Seite 256 ff. Tübingen 1912.
Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache nach dem BGB. Jena 1903.
Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915.
Schneider, Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandlung. Im Archiv f. d. ziv. Praxis, Band 97, S. 142, Tübingen 1905.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern, Band 49, S. 93 ff.
Schwaiger, Anfechtung und Gewährleistung, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Band 74, Seite 331 ff.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre. I. Band: Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 4te Auflage, Stuttgart 1929.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auflage. Berlin, Leipzig 1927.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz Allgemeiner Teil. 9te Auflage, bearbeitet von Riezler, München, Berlin, Leipzig 1925. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 9te Auflage, 2. Teil, München, Berlin, Leipzig 1928, 3. Teil, München, Berlin, Leipzig 1929.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1te Hälfte. München, Leipzig 1914.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Band, Tübingen 1923.

Wolff, Sachmängel beim Kauf, in Iherings Jahrbüchern, Band 56, Seite 1 ff.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig, 1879.

A.

Begrenzung der Aufgabe

Es ist bekannt, daß die Frage nach der Echtheit eines Gegenstandes in dem Wirtschafts- und daher auch im Rechtsleben eine große Rolle spielt. Von besonderer Wichtigkeit ist aber die Echtheit auf dem Gebiete des Kunstmarktes. Der Bilderhandel stellt davon wieder nur einen kleinen, jedoch nicht unbedeutenden Ausschnitt dar.

Bei Behandlung dieser Arbeit haben von vornherein alle die Fälle auszuscheiden, wo eine Kopie eines echten Bildes „als solche" Gegenstand des Kaufvertrages ist. Denn alsdann ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber Kaufverträgen über irgendwelche andere Dinge des täglichen Geschäftsverkehrs. Vielmehr kommen für die vorliegende Erörterung nur diejenigen Fälle in Betracht, in denen ein Bild, das der Käufer für ein echtes hielt, sich nach Vertragsschluß als Fälschung herausstellt. Selbst in diesem Rahmen muß aber die Aufgabe noch weitergehend dahin eingeschränkt werden, daß lediglich die Rechtslage, die sich für den Käufer ergibt, Behandlung findet. Denn die etwaigen Rechte des Verkäufers haben nichts gerade einem solchen Rechtsfall Eigentümliches an sich und sind daher für diese Abhandlung ohne Interesse. Schließlich bleiben selbstverständlich alle die Rechtsfolgen außer Betracht, die sich aus irgend einer anderen Tatsache als derjenigen der „Unechtheit" des Bildes herleiten lassen. Ueberdies dürfte es sich in den hier gedachten Fällen lediglich um Spezieskäufe handeln, sodaß die Unterschiedlichkeiten, die sich im einzelnen Falle für den Gattungskauf ergeben würden, keiner Erörterung bedürfen.

B.

Die aus dem Verkauf eines unechten Bildes, das der Käufer für echt gehalten hat, sich für ihn ergebenden Rechtsfolgen.

I. Die Gewährleistungsansprüche.

Da hier der Abschluß eines gültigen Kaufvertrages vorausgesetzt werden soll, wird man sich zunächst fragen, ob dem

Käufer wegen der Unechtheit des erworbenen Bildes die Gewährleistungsansprüche zustehen. Bei Prüfung dieser Fragen soll sich die Arbeit in der Reihenfolge der einzelnen Untersuchungen streng an die vom Gesetz für das Vorliegen des jeweiligen Anspruchs festgelegten Voraussetzungen halten. Denn auf diese Weise bleibt die Betrachtung geordnet und übersichtlich.

a) Der Anspruch aus § 462 BGB. und seine Voraussetzungen,

Nach § 462 BGB. kann der Käufer wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 BGB. zu vertreten hat, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung), oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Zur Begründung des Wandlungs- oder Minderungsanspruches gehört also, daß die in den §§ 459 und 460 BGB. enthaltenen Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäß § 459 I BGB. haftet der Verkäufer einer Sache dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern; nach Absatz II haftet er auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften besitzt.

Das BGB. hat aber in Uebereinstimmung mit dem A.L.R. hinsichtlich des Ueberganges der Gefahr einen vom römischen Recht durchaus abweichenden Standpunkt eingenommen. Letztere nämlich ließen den Gefahrübergang fast ausnahmslos mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages zusammenfallen — periculum est emtoris —.

1. Zulässigkeit der Gewährschaftsrechte vor Gefahrübergang im allgemeinen und im besonderen beim Verkauf eines unechten Bildes.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes erscheint demnach als erstes Erfordernis, daß die Gefahr auf den Käufer übergegangen, daß also die Sache abgesandt oder übergeben ist (§§ 446, 447 BGB.). Danach müßte für den Käufer eines unechten Bildes der Wandlungsanspruch ohne weiteres schon dann entfallen, wenn die Gefahr auf ihn noch nicht übergegangen ist.

In der Regel werden ja die Gewährleistungsansprüche tatsächlich erst nach dem Gefahrübergang, grundsätzlich der Uebergabe, praktisch werden, weil der Käufer nicht früher von dem Mangel erfährt. Gewöhnlich wird auch der Kaufpreis schon bezahlt sein, sodaß der Anspruch sich äußerlich als ein Rückforderungsanspruch darstellen mag. Immerhin ist es durchaus möglich, daß das Gemälde auch schon vor der Uebergabe als ein unechtes erkannt wird.

Die hier aufgeworfene Frage, ob die Wandlung nach oder auch schon vor Gefahrübergang statthaft ist, ist nicht unstreitig geblieben.

Die eine Gruppe hält die Wandlung auch schon vor Gefahrübergang für zulässig.

So vertritt Krückmann[1] die Auffassung, die Gewährschaftsansprüche könnten uneingeschränkt jederzeit und auch schon vor Ablieferung und Uebergabe geltend gemacht werden. Die theoretische Rechtfertigung für seine Ansicht findet er vornehmlich in folgendem. Der Käufer könne das Gegenstück von dem „dolo facit qui petit, quod rediturus est" geltend machen, die exceptio doli, indem der Verkäufer nicht Abnahme einer Ware verlangen könne, die sofort von ihm wieder zurückgenommen werden müßte. Hierzu würde aber der Käufer, um die Gewährschaftsrechte für sich zu gewinnen, gezwungen werden. Hinzu käme noch, als innerer dogmatischer Grund die Erwägung, daß die Gewährschaftssprüche sofort im Augenblick des Vertragsschlusses entständen, nicht erst mit und durch die Mangelhaftigkeit. Diese sei vielmehr nur Rechtsbedingung. Sie bestehe darin, daß beim Gefahrübergang ein Mangel vorhanden sei oder sein werde. Bestehe also dieser Anspruch ohne weiteres sofort mit dem Dasein des Mangels, dann müsse aus besonderen Gründen nachgewiesen werden, daß der Käufer vor der Uebergabe seine Ansprüche nicht geltend machen könne. Aus der gesetzlichen Bestimung ergebe sich dies nicht

Ebenso ist Oertmann[2] der Ansicht, daß dem Käufer es freistehe, auch schon vor der Uebergabe — der Absendung — wegen eines erweislichen Mangels: Wandlung, Minderung oder — gemäß § 463 BGB. — Schadensersatz zu verlangen. Er

1) in Leipziger Zeitschrift 1919 Nr. 20, Seite 1351 ff. „Zur Gewährleistungspflicht."

2) a.a.O .§ 459 Nr. 3; § 433 Nr. 2 a.

führt aus, wenn auch der Moment des Ueberganges der Gefahr auf den Käufer als maßgebender Zeitpunkt ,in dem die Sache von den durch den Verkäufer zu vertretenden Mängeln frei sein müsse, festgesetzt sei, so sei damit keineswegs gesagt, daß jetzt erst die Gewährschaftshaftung des Verkäufers entstehe. Dieser Zeitpunkt begrenze vielmehr nur die bereits mit dem Vertragsschluß entstandene und für die Dauer der Zwischenzeit fortdauernde Haftung. Der § 459 BGB. besage allein, daß der Verkäufer nur für die im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vorhandenen Mängel, aber nicht, daß er für sie erst im Zeitpunkt des Gefahrüberganges hafte. Seine Haftung sei inzwischen eine auflösend bedingte, durch Nachbesserung zu beseitigende, aber keineswegs sei sie vorher nicht gegeben.

Desgleichen wird in Planck's Kommentar[3] der Standpunkt vertreten, daraus, daß sich die Haftung des Verkäufers auf die Zeit des Gefahrüberganges beziehe, dürfe nicht gefolgert werden, daß dem Käufer die im § 462 BGB. bestimmten Rechte erst nach der Uebergabe der Sache zuständen. Er köne vielmehr die Gewährschaftsrechte auch dann geltend machen, wenn er wegen des Mangels die Annahme der ihm angebotenen Sache verweigere. Die rechtliche Begründung für seine Auffassung findet er insbesondere darin, daß ja an sich, wenn die Sache nicht mangelhaft wäre, die Gefahr durch das Angebot nach § 300 BGB. und § 324 II BGB. auf den Käufer übergehen würde.

Nennenswerte Vertreter der gleichen Gruppe sind noch Enneccerus[4], von Gierke[5], Crome[6], Endemann[7], Dernburg[8], und Schollmeyer[9].

Auch Haymann[10] läßt die Gewährleistungsrechte genau wie das Anfechtungsrecht mit dem Vertragsschluß entstehen. Er nähert sich aber insofern der zweiten Gruppe, zu der wir jetzt gelangen, als er die Geltendmachung der Gewährschaftsrechte vor Gefahrübergang auf diejenigen Mängel beschränkt, von denen bereits vor diesem Zeitpunkt feststeht,

3) a.a.O. § 462 Nr. 1.
4) a.a.O. § 331, Anm. 8.
5) a.a.O. § 194, Anm. 55.
6) a.a.O. II § 222, Anm. 2.
7) a.a.O. I § 161, Nr. 3.
8) a.a.O. II § 185, I.
9) In Iherings Jahrbüchern Band 49: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Seite 93 ff.
10) Anfechtung Seite 18 ff.

daß sie zur Zeit des Gefahrüberganges noch vorhanden sein werden, also insbesondere auf unheilbare und solche, deren Ausbesserung der Verkäufer endgültig verweigert hat.

In vollem Gegensatz zu der ersten Gruppe stehen, was die Frage des Entstehungszeitpunktes der Gewährschaftsrechte angeht, die Rechtsprechung des Reichsgerichts und eine Reihe ansehnlicher Stimmen in der Literatur.

Das Reichsgericht[11] sieht die gesetzliche Grundlage für die Gewährleistungsansprüche des Käufers in der schon erfolgten Uebergabe.Die vom Gesetzgeber auf diesen Zeitpunkt gewollte Beschränkung ergebe sowohl die Begrenzung der Haftung für einenMangel auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges wie auch der Verjährungsbeginn dieser Ansprüche mit dem Augenblick der Uebergabe.

So wird vor allem auch im Kommentar von Reichsgerichtsräten[12] die Auffasung vertreten, daß die Uebergabe erst die Gewährleistungsansprüche — von besonderen Umständen abgesehen — entstehen lasse; erst in diesem Augenblick sei der Gewährleistungsfall eingetreten.

Die gleiche Rechtsauffassung teilt Staub[13]. Auch nach ihm entstehen erst vom Augenblick der Uebergabe an für den Käufer die Ansprüche auf (Lieferung einer mangelfreien Sache) auf Wandlung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Weitere Verfechter des gleichen Standpunktes sind vor allem noch Soergel[14], Staudingers Kommentar[15] und Cosak[16]. Mir erscheint die vermittelnde Auffassung Haymanns als die zutreffende. Die Gegenansicht des Reichsgerichts und seiner Anhänger, daß diese Rechtsbehelfe nicht mit Vertragsschluß, sondern erst mit dem Gefahrübergang zur Entstehung gelangen, erscheint nach der überzeugenden Beweisführung von Haymann, Krückmann, Oertmann, Planck sowie Schollmeyer nicht haltbar.

Ueberdies haben ja auch das Reichsgericht[17] und die übrigen Verfechter[18] der gleichen Ansicht ihre Rechtsauffassung

---

11) RGZ. Bd. 53, S. 70 ff.; 70, 429; 96, 156.
12) a.a.O. § 459, Nr. 6 A.
13) a.a.O. § 377, I, B, 1, Anmerkung 3 und Anhang zu § 374 Anm. 42.
14) a.a.O. Vorbem. 4 zu § 459.
15) Vorbem. 1 b vor § 459; Erl. III, 3 zu § 459; Erl. III, a, g, zu § 462; Erl. II, 5 zu § 465.
16) a.a.O. I, § 127, VIII, 3.
17) RGZ. in JW. 1912 S. 461; vgl. auch JW. 1911 S. 539.
18) RGKommentar § 320 Nr. 7; Staub § 377 I, B. 1, Anm. 3; Soergel Vorbem. 4 zu § 459, 4; Warneyers Komm. § 459, VII; Staudinger, Erl. III, 3 zu § 459.

dahin korrigiert, daß von der von ihnen vertretenen grundsätzlichen Beschränkung der Gewährschaftsrechte auf die Geltendmachung von Mängeln der übergebenen Sache abgesehen werden könne, wenn es sich um Mängel handele, deren Beseitigung ausgeschlossen sei.

Diese Regelung stellt sich nach der oben zitierten Grundanschauung des Reichsgerichts in dieser speciellen Frage als eine Ausnahmebestimmung dar. Der verfehlte Standpunkt, daß die Gewährleistungspflicht für den Verkäufer erst mit der Uebergabe entstehe, zwingt aber das Reichsgericht immer wieder zu neuen Ausnahmebestimmungen, wenn es konsequent bleiben will. In einer anderen, — überdies, wie wir noch später sehen werden, zu billigenden Entscheidung —[19], erklärt es, daß vor der Uebergabe, da ja hier noch keine Gewährleistungsansprüche beständen, das Anfechtungsrecht nach § 119 BGB. zuzubilligen sei und mißachtet damit völlig, die von ihm in der Entscheidung[20] vom 1. 7. 05 grundsätzlichen Beschränkungen, die das Mängelrecht dem Käufer auferlegt. Wird aber nun das Gewährschaftsrecht doch ausnahmsweise vor dem Gefahrübergang zugelassen, so muß für den angeführten Grundsatz: Vor der Uebergabe besteht das Anfechtungsrecht nicht, sogleich wieder die Ausnahme geschaffen werden, daß dies nicht in den Fällen gilt, wo die Gewährschaftsrechte bereits vorher zugelassen sind. Doch darauf ist noch später zurückzukommen

Da es sich in dieser Arbeit lediglich um die Frage der „Echtheit" eines Bildes handelt und ihr Fehlen zweifellos ein Zustand ist, der sich auf keinen Fall — also auch bis zur Uebergabe — nicht beseitigen läßt, so würde vorliegend, auch wenn man der Ansicht der Gegner folgt, der Geltendmachung der Gewährschaftsrechte vor stattgehabter Uebergabe nichts im Wege stehen. Damit wäre die Behandlung vorstehender Zweifelsfrage abgeschlossen.

2. Wann ist die Unechtheit eines Bildes ein Fehler im Sinne des § 459 I BGB.?

Nachdem nun feststeht, daß es beim Verkauf eines unechten Bildes für die Zulässigkeit der Gewährschaftsrechte auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht ankommt,

19) RGZ. in Gruchot Bd. 53, Seite 940.
20) Seufferts Archiv Bd. 61, S. 257 ff.

bleibt weiter zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen die Unechtheit eines Bildes als ein „Fehler" zu erachten ist.

Die zwei weiteren Erfordernisse, die der § 459 BGB. für die Haftung des Verkäufers nebeneinander verlangt, nämlich 1. Ist die Kaufsache mit Fehlern behaftet? 2. Sind diese Fehler auch solche, die den Wert oder den vertragsmäßigen Gebrauch — gegebenenfalls den gewöhnlichen — beeinträchtigen? müssen getrennt erwogen und festgestellt werden. Liegt nämlich die 1. Voraussetzung, Fehlerhaftigkeit, nicht vor, so mag die Beschaffenheit der Kaufsache noch so sehr den gewöhnlichen Gebrauch oder den Vertragszweck beeinträchtigen, eine Haftung nach Absatz I ist nicht gegeben.

Nach dem ädilizischen Edikt, welches bestimmte, daß der Verkäufer — anfangs nur beim Verkauf von Sklaven: L 1 § 1 D. XXI, 1, De Aedilicio Edicto: Qui mancipia vendunt certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, und Lasttieren: L 38 pr. D. h. t. Qui jumenta venduet, palam recte dicunto, quid in quoque corum morbi vitiique sit — später auch bei Verkauf sonstiger Sachen: L, 1, pr. D. h. t. Edictum Aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes — die Pflicht hatte, dem Käufer anzuzeigen, quid morbi vitiive sit, haftete demnach der Verkäufer für morbus und vitium, während nach BGB. für Fehler gehaftet wird. Ein sachlicher Unterschied zwischen beiden besteht jedoch gegenüber dem heutigen Recht nicht; ein solcher ist auch von den Aedilen nicht gemacht worden. Aber erforderlich war schon damals, daß der Fehler die Brauchbarkeit der Sache völlig aufhebt oder mindert, L 1, § 8 D. h. t., quod usum ministeriumque impediat, id dabit redhibitioni locum.

Unter Fehler i. S. des § 459 I ist ganz allgemein zunächst jede den Wert oder die Tauglichkeit objektiv beeinträchtigende Eigenschaft zu verstehen[21].

Er stellt sich als ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit der Sache dar[22]. Der Umstand aber, daß schon die gewöhnliche und normale Beschaffenheit gewissen menschlichen Zwecken nicht oder nur unvollkommen dient und sie hinter andersartigen, normalen Sachen hierbei zurückstehen

21) RGZ. 97, 352.
22) Enneccerus, § 331, Bem. II, 1, a; Warneyer, § 459 II, S. 781.

läßt, ist deshalb noch kein Fehler der Sache. Denn diese abweichende Beschaffenheit liegt in ihrer Art[22]. Wollte man dies annehmen, so würde jede Sache im Vergleich zu einer vollkommneren ,da ihr gewisse Eigenschaften fehlen, als eine fehlerhafte erscheinen. Aber selbst die Frage, wann etwas von der normalen, artgemäßen Beschaffenheit Abweichendes vorliegt, läßt sich keinesfalls einheitlich bestimmen[24]. Einen einigermaßen sicheren Maßstab für die Beurteilung, was fehlerhaft ist, gibt vor allem die Verkehrsanschauung und die rechte Würdigung des Vertragsinhalts.

Und zwar ist m. E. der Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages über ein Bild für die Beantwortung der Frage, ob in der Unechtheit ein Fehler des Bildes zu erblicken ist, von ganz besonderer Bedeutung. Daraus aber, daß der — jeweilige — Vertragsinhalt entscheidend sein soll, ergibt sich ferner, daß auch in dem Sonderfalle eines Bilderkaufs ein allgemeiner Grundsatz, etwa dahingehend: die Unechtheit ist stets — oder niemals — ein Fehler in dem hier gedachten Sinne nicht aufstellbar ist. Denn jeder Vertrag hat ein anderes Kaufobjekt zum Gegenstand und enthält einen anderen Preis. Es kann daher nur versucht werden, bestimmte Richtlinien zu finden.

Ehe wir aber in die Erörterung dieser Fragen eintreten, ist erst der Zweifel auszuräumen, ob es sich etwa dann, wenn eine Fälschung als echt verkauft und geliefert worden ist, um die Leistung eines „aliud" handelt. Denn wäre diese Frage zu bejahen, so könnten für den Käufer nicht die Gewährschaftsrechte — was jetzt zur Untersuchung steht —, sondern nur die Erfüllungsansprüche aus den §§ 440 in Verbg. mit den 320 ff. BGB. in Betracht kommen. Für die Beantwortung letzterer Frage ist vor allem die Auffassung des Verkehrs von ausschlaggebender Bedeutung. Fragen ähnlicher Art hat die Rechtsprechung vor allem bei dem Verkauf gefälschter Banknoten entschieden[25]. Dort wird darauf abgestellt, ob es sich um die Lieferung ganz bestimmter Noten handelt. Bei einem Vertrage über Banknoten im allgemeinen liegt bei der Leistung gefälschter Noten überhaupt keine Erfüllung, sondern Lieferung eines aliud vor. Lautet dagegen der Vertrag auf ganz

23) RGRK. § 459, Bem. 4, I, a.
24) RGRK. § 459, Bem. 4, I, a.
25) RGZ. Bd. 108, S. 280; JW. 1923, S. 176/77.

bestimmte, vorgelegte Noten, so kommen die Gewährleistungsansprüche in Betracht. Bei dem Verkauf eines unechten Bildes handelt es sich um eine bestimmte Sache; man wird daher beim Kauf einer bestimmten Sache die Unechtheit nicht als ein aliud anzusprechen haben; es kann vielmehr lediglich Fehlerhaftigkeit in Frage kommen. Der Begriff des Fehlers darf nämlich nicht zu eng[26] gefaßt werden.[27] Nach Warneyer[28] kann unter Umständen sogar auch bei Leistung eines „anderen" als des vereinbarten Gegenstandes die Gewährleistung nach den §§ 459 ff. BGB. begründet sein, wenn die Sache gerade durch das Fehlen einer vereinbarten wesentlichen Eigenschaft zu einer „anderen" wird.

Man wird bei Prüfung der Frage, ob die Unechtheit beim Bilderkauf einen Fehler darstellt, mehrere große Allgemeintatbestände zu unterscheiden haben.

I. Es kauft jemand ein Bild, das er insgeheim für ein Stück eines großen Meisters hält. Dem Verkäufer macht er jedoch von seiner Ueberzeugung, um das Gemälde billig zu erstehen, keine Mitteilung. Erkennt der Käufer später, daß er nur eine wertlose Kopie gekauft hat, so ist das Bild deshalb nicht fehlerhaft. Vielmehr ist es ganz zweifelhaft die dem Vertrage entsprechende Leistung; denn der Verkäufer hat kein berühmtes Original, sondern ein ganz gewöhnliches Bild ohne jegliche, besondere Eigenschaften veräußert.

II. Ferner ist folgender Fall denkbar. Es kauft jemand ein Bild, dessen Herkunft ungewiß ist. Die Vertragsparteien vermuten zwar, daß es einem bestimmten Meister zuzuschreiben sei; immerhin gehen aber Käufer und Verkäufer davon aus, daß die Echtheit zweifelhaft ist. Stellt sich nunmehr nachträglich die Unechtheit des Bildes heraus, so wird man es auch in diesem Falle nicht als fehlerhaft bezeichnen können, da es dem Inhalt des Vertrages, der die Frage der Echtheit offen ließ, völlig entspricht. Entfällt aber die Fehlerhaftigkeit, so ist damit auch jeglicher Gewährleistungsanspruch ausgeschlossen. Diese Entscheidung ist durchaus billig, denn das Geschäft trägt ausschließlich spekulativen Charakter, sodaß die Gefahr eines eventuellen Schadens auf beiden Seiten liegt. Gewöhnlich wird auch bei solch zweifelhaften Käufen der Preis dementsprechend niedrig bemessen sein. Schließlich ist es ja

26) Warneyer, § 459, II, S. 781.
27) u. 28) Warneyer, § 459, V, S. 783.

in solchen Fällen Sache des Käufers die Hoffnungen, die er auf die Echtheit setzt, selbst zu schätzen und zu wägen.

Man wird daher schon folgendes sagen können:

Kann dem Bilde nach dem Vertragsinhalt die Echtheit gar nicht zukommen oder soll es darauf gar nicht ankommen, so ist auch die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen; handelt es sich ferner um ein Geschäft spekulativen Charakters, in dem Sinne, daß die gedachte Eigenschaft nicht sicher feststeht, oder bisher nicht feststellbar war, so kann der Käufer den Verkäufer, wenn sich nunmehr ihr Fehlen herausstellt, ebenfalls nicht in Anspruch nehmen.

Wie ist aber nun in folgendem Falle zu entscheiden? Es kauft jemand ein Bild als von einem bestimmten Künstler herrührend, ohne daß ihm jedoch die Echtheit ausdrücklich zugesichert wird, und zahlt auch den etwa entsprechenden Wert als Kaufpreis. Später stellt es sich heraus, daß es sich nur um eine Kopie oder ein Bild nach der Art des gedachten Meisters handelt. Wird man nunmehr das Gemälde als fehlerhaft bezeichnen? Diese Frage dürfte zu bejahen sein, denn die Kopie ist nicht die vertragsmäßige Leistung, da sie nicht die von den Parteien bei Vertragsschluß vorausgesetzte Eigenschaft der Echtheit besitzt. Es wäre nicht erfindlich, warum in diesem Falle der Regel zuwider der Käufer die Gefahr der Unechtheit tragen sollte. Zutreffend ist m. E., was Kohler[29] hierüber sagt:

„Nicht der Umstand, daß ich irrtümlich ein Gemälde für ein echtes halte, ist entscheidend, sondern der Umstand, daß das Gemälde als echtes verkauft worden ist und daß diese Bezeichnung im Vertrage in Disharmonie steht mit der verkauften Sache, sodaß Sache und Sacherklärung sich widersprechen." Er fährt dann fort: „Diese Erklärung, daß das Bild ein echtes Bild einesMalers sei, kann natürlich auch stillschweigend erfolgen." Die Frage der stillschweigenden Zusicherung soll erst später behandelt werden. Vorab möchte ich einmal daran festhalten, daß in unserem Beispiel das Bild als ein fehlerhaftes zu bezeichnen ist, da es beiderseitig vorausgesetzte Eigenschaft der Echtheit tatsächlich nicht besitzt.

Dies ist jedoch nicht unstreitig; denn sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, daß man unterscheiden müsse zwischen Gemälden

29) a.a.O. Seite 259.

von Meistern jüngerer Zeit und solchen, die aus früheren Jahrhunderten stammen.

So hält Lenel[30] den Irrtum über den Meister eines „alten" Gemäldes oder einer alten Handzeichnung für unbeachtlich. Er begründet seine Ansicht damit, daß diese Entscheidung für den Bestand des Kunst- und Antiquitätenhandels eine Notwendigkeit bedeute. Dagegen hält er es für erheblich, wenn ein Bild, das als das Werk eines „modernen" Meisters verkauft sei, sich nachträglich nicht als von ihm, sondern von irgend einem anderen stammend herausstellt.

Auch Riezler[31] billigt diese Ansicht mit der Begründung, daß die gegenteilige Meinung dem Verkehrsinteresse im Antiquitätenhandel widerspreche. Er führt aus, man könnte eine Verkehrssitte des Inhalts annehmen, daß bei derartigen Verträgen über alte Bilder jeder Rechtsbehelf ausgeschlossen sei.

Ablehnend, wenn auch nicht in dieser absoluten Weise wie die Vormeinungen verhält sich auch das OLG. München in seiner Entscheidung[32] vom 1. 12. 1909. Es handelt sich dort um ein altes Kunstblatt, das der Verkäufer, obwohl es kein Zeichen seines Urhebers trug, für eine Zeichnung von Lukas Cranach ausgegeben und der Käufer als eine solche gekauft hat. In den Gründen wird folgendes ausgeführt:

Es liege unbestritten nicht der Fall der „Fälschung oder Imitation" in dem Sinne vor, daß es sich um eine erst in der jetzigen Zeit angefertigte, fälschlich in das 16. Jahrhundert zurückdatierte Zeichnung handle. Doch auch in der so begrenzten Mängelrüge müsse dem Käufer ohne weiteres zugegeben werden, daß die Urheberschaft des erstklassigen Meisters Lukas Cranach des Aelteren angesichts des „hohen Preises" eine Eigenschaft der Zeichnung sei, die den Handelswert, der sich bei einem Kunsthändler mit dem Gebrauchswert decke, erheblich beeinflusse. Denn nach kunstgeschichtlichen Werken könne angenommen werden, daß Cranach-Blätter erheblich wertvoller seien, als Zeichnungen des nahezu gleichzeitigen Meisters Bartholomaeus Beham, eines im übrigen ebenfalls hervorragenden Künstlers der Deutschen Schule, dem der Käufer nunmehr die Zeichnung zuschreibe. Nach der Rechtslage würde gewöhnlich die Gefahr der Unechtheit an sich den Ver-

30) a.a.O. Seite 17 und 18.
31) bei Staudinger § 119, V, 3.
32) In Seufferts Archiv Bd. 65, Seite 181.

käufer treffen, auch wenn er selbst von der Echtheit überzeugt sei. Allein beim Kauf derartiger Kunstgegenstände liege die Sache anders. Es handle sich hier um eine nicht signierte Zeichnung aus dem Mittelalter, bezüglich deren ein gewissermaßen genealogischer Ursprungsnachweis — im Gegensatz zu großen renommierten Gemälden — nicht vorliege, der strikte Echtheitsbeweis vielmehr lediglich durch eine mehr oder minder große Anzahl technisch wissenschaftlicher Anhaltspunkte ersetzt werde, die bestenfalls zur subjektiven Ueberzeugung des Einzelnen, niemals aber zu „objektiver" Gewißheit führen könnten. Es liege auf der Hand, daß bei solcher Sachlage, ähnlich wie bei sonstigen wissenschaftlichen oder technischen Streitfragen jederzeit durch neue Bearbeiter die Ursprungsfrage aufs neue zur Erörterung gestellt und die Ueberzeugung der Kunstverständigen beeinflußt und geändert und damit auch der Handelswert beeinträchtigt werden könne. Deshalb sei der Handel mit derartigen Kunstgegenständen begriffsnotwendig ein Spekulationsgeschäft; der kaufende Kunsthändler wisse genau, daß er erforderlichenfalls den strikten Ursprungsbeweis nicht geführt erhalten könne und daß der Wert jederzeit durch nur ein wissenschaftliches Bestreiten selbst dann in Frage gestellt werden könne, wenn auch die Mehrzahl der Kenner in ihrer Ueberzeugtheit der Echtheit zugeneigt bleibe. Der „sachverständige" Käufer könne ohne eigene grobe Fahrlässigkeit gar nicht darüber im Zweifel sein, daß die Ursprungsbezeichnung nicht mehr als eine subjektive Meinung sei, die jeder Kenner in ihren Grundlagen selbständig nachzuprüfen vermöge.

Diese Entscheidung ist für den ihr zu grunde liegenden Rechtsfall durchaus zutreffend und steht der hier vertretenen Auffassung, soweit es sich um diesen konkreten Fall handelt, nicht entgegen. Denn das Oberlandesgericht geht in seiner Begründung davon aus, daß es sich mit absoluter Sicherheit gar nicht feststellen lasse, daß die Zeichnung tatsächlich nicht von Cranach stamme. Und diese Feststellung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Wenn der Senat aber zugibt, daß die Urheberschaft des erstklassigen Meisters Lukas Cranach angesichts des hohen Preises eine Eigenschaft sei, die den Handelswert der Zeichnung erheblich beeinflusse, so wird damit zugestanden, daß für den Fall der Unechtheit die Leistung nicht die dem Vertrage entsprechende Leistung also fehlerhaft ist. Das

Erkenntnis schickt ferner als unstreitig voraus, daß es sich bestimmt nicht um den Fall einer Fälschung oder einer Imitation jüngerer Zeit handelt. Wäre das Berufungsgericht zu der gegenteiligen tatsächlichen Feststellung gelangt, so hätte es sehr wahrscheinlich dem Wandlungsbegehren stattgegeben. Den weiteren, zweifellos interessanten Ausführungen über den Antiquitätenhandel im allgemeinen wird man sich in so weitgehendem Maße nicht anzuschließen vermögen. Dem Verkäufer würde dadurch ein derartig einseitiger Schutz gewährt werden, wie er sich gerade mit Rücksicht auf §§ 157, 242 BGB, die die gegnerische Meinung für sich in Anspruch nehmen will, nicht vereinbaren läßt. Von einem spekulativen Charakter des Geschäfts kann m. E. niemals dann die Rede sein, wenn der Ersteher sich zur Zahlung eines dem ungefähren Wert entsprechenden Kaufpreises erbietet. Auch kann der Entscheidung insoweit nicht beigetreten werden, als sie gewissermaßen voraussetzt, daß nur Kunstsachverständige solche Bilder kaufen. Wenn schließlich das Berufungsgericht gegen den Käufer die Auffassung ausspielt, daß es von einem Kunstverständigen geradezu grob fahrlässig sei, wenn er an der objektiven Richtigkeit der Ursprungsbezeichnung nicht den geringsten Zweifel hege, so berücksichtigt es andererseits nicht, daß für ein solches zweifelhaftes Kunstwerk der Verkäufer einen Preis fordert, den er nur für ein absolut echtes Stück dieser Art zu fordern berechtigt wäre.

Einschlägig für die gerade im Mittelpunkt der Erörterung stehende Frage, ob auch die Unechtheit eines Gemäldes aus früheren Jahrhunderten, sofern die Echtheit zur vertraglichen Voraussetzung geworden, einen Fehler der Sache darstellt, ist ferner die Entscheidung des II. Zivilsenates des Reichsgerichts[33] vom 6. Juli 1926.

Der Sachverhalt ist kurz folgender: Beide Parteien waren Kunsthändler. Es war eine mit dem echten Namenszug von Hans Thoma versehene, von einem Dritten übermalte Lithographie, der eine Zeichnung Thomas zugrunde lag, von dem Beklagten gegen ein Originalbild eines anderen Malers vertauscht worden, indem die Parteien beide Bilder mit je 4000 GM. bewerteten und auf Grund des echten Signums annahmen, das Thoma-Bild sei von Thoma selbst gemalt. Nachher

33) RGZ. Band 114, Seite 239 ff.

stellte sich jedoch heraus, daß die Malerei von einem Dritten herrühre.

In den Gründen führt der Senat aus, es bestehe kein Zweifel, daß die Voraussetzungen für die Wandlung gegeben seien. Denn soweit der Verkauf nicht spekulativen Charakter trage, wie bei Werken aus früheren Jahrhunderten, sei ein als ein Werk eines bestimmten Meisters verkauftes Bild im Falle der Unechtheit mit einem Fehler behaftet, der den Voraussetzungen des § 459 I. BGB. genüge; in solchem Falle seien die Gewährleistungsansprüche gegeben. Nach dieser Entscheidung hat es den Anschein, als ob auch das Reichsgericht die Unechtheit eines Gemäldes aus „früheren Jahrhunderten", selbst wenn es als echt verkauft worden sein sollte, ganz allgemein und ausnahmslos nicht als einen Fehler der Sache betrachte.

Dem ist aber tatsächlich nicht so. Dies beweist eindeutig eine jüngere Entscheidung des Reichsgerichts[34] vom 27. November 1926, die allerdings der I. Zivilsenat gefällt hat. In ihr werden aus dem 17. Jahrhundert stammende Gemälde als fehlerhaft bezeichnet, weil sie als Originalwerke von Ostade und Teniers verkauft worden, in Wahrheit jedoch nur diesen Meistern nachgeahmt gewesen seien. Dieses Urteil läßt, den spekulativen Charakter des Geschäfts verneinend, die Wandlung zu, weil „unzweifelhaft" nicht von Ostade und Teniers stammende Bilder fehlerhaft seien, wenn dies die Parteien bei Vertragsschluß vorausgesetzt haben.

Alsdann nimmt das Reichsgericht noch kurz Stellung zu seinen Ausführungen in der vorher zitierten Entscheidung des II. Zivilsenates, die Riezler[35] mit Recht als bedenklich kritisiert. Es führt u. a. aus, die Auffassung, daß bei einem Werk aus einem früheren Jahrhundert die Unechtheit kein Fehler i. S. des § 459 I BGB. sei, dürfe der Entscheidung des II. Zivilsenates n i c h t entnommen werden. Dort sei nur über ein aus heutiger Zeit stammendes Bild zu befinden gewesen. Die Beschränkung hierauf sollte hervorgehoben und dabei gesagt werden, daß beim Bilde eines alten Meisters möglicherweise anders zu urteilen wäre.

Aus dieser letzten Entscheidung geht hervor, daß sich die hier vertretene Auffassung mit der des Reichsgerichts über den Fehlerbegriff beim Verkauf unechter alter Bilder voll-

34) RGZ. Band 115, Seite 286 ff.
35) In Jur. Wochenschrift 1926, Seite 2532.

kommen deckt. Ueber die Frage, ob Werke jüngerer Meister, die als echt verkauft werden, in Wahrheit aber nicht von dem nach dem Vertragsinhalt vorausgesetzten Künstler herrühren, als fehlerhaft zu erachten sind, herrscht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit. Hier wird die Fehlerhaftigkeit zutreffenderweise einmütig bejaht.

Eine Möglichkeit bietet jedoch noch Zweifel, die bisher noch nicht zur Erörterung gezogen worden ist. Es kann vorkommen, daß ein Bild für einen sehr hohen Preis verkauft wird, ohne daß es bei den Kaufverhandlungen einem bestimmten Meister zugeschrieben wird. Es wird vielmehr bei Vertragsschluß über seine Herkunft gar nicht gesprochen. Später wird dasselbe Bild als wertlose Kopie erkannt. Dieser Fall ist praktisch z. B. so denkbar, daß ein Kunstliebhaber bei einem Kunsthändler gern ein bestimmtes Bild von besonderem Wert, etwa einen echten italienischen „Moretto" erwerben möchte. Zwischen ihnen haben schon wiederholt Verhandlungen geschwebt, in denen beide mit Bestimmtheit voraussetzten, daß es sich um ein echtes Stück dieses Meisters handle. Das Geschäft kommt aber nicht zum Abschluß, weil eine Einigung über den Preis nicht möglich ist; denn der Kunstliebhaber ist sehr vermögend, sodaß der Händler von ihm einen besonders hohen Preis zu erzielen hofft. Der Kunstliebhaber beauftragt deshalb einen guten Bekannten mit dem Erwerb des Bildes. Der Bekannte, auf diesem Gebiete ein Laie, bemüht sich, das Bild zu einem möglichst billigen Preise zu erstehen; dabei wird die Herkunft des Bildes bei den Kaufverhandlungen gar nicht berührt. Wenn sich nun das Kunstwerk, bezüglich dessen man sich schließlich auf einen Preis von 15 000 RM. geeinigt hat, nachträglich als eine ganz wertlose Kopie aus jüngster Zeit herausstellt, kann dann der Käufer, der Bekannte des Kunstliebhabers „Fehlerhaftigkeit" einwenden?

So verschieden man diese Frage beantworten könnte, ich möchte sie bejahen. Denn wenn sich die Vertragsparteien, mag auch der Käufer auf dem Gebiete des Kunsthandels unbewandert sein, für ein Bild auf einen Preis von 15 000 RM. einigen, so geht daraus hervor, daß Gegenstand der Leistung eine künstlerisch beachtliche Schöpfung sein muß. Selbst wenn daher bei dem ganzen Handel über Eigenschaften des Bildes nicht gesprochen wurde, so wird immerhin, sollte man meinen, von beiden Teilen als selbstverständlich vorausgesetzt, daß

ein dem Preis entsprechendes echtes Kunstwerk Gegenstand des Vertrages sei,[36] während es in Wirklichkeit nur eine Fälschung ist. Denn man wird ernstlich nicht behaupten wollen, dem Käufer sei es in vorliegendem Falle völlig gleichgültig gewesen, ob er ein wirkliches Kunstwerk oder nur eine Kopie eines solchen erwerbe; er habe lediglich den übernommenen Auftrag zur Ausführung bringen wollen. Wenn auch bei den Vertragsverhandlungen, wie schon erwähnt, über die Echtheit des Kaufobjekts nicht gesprochen worden ist, so rechtfertigt dies allein noch nicht den Schluß, der Ersteher hätte sich über die Qualitäten des Bildes überhaupt keine Gedanken gemacht. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß jeder erwachsene Mensch, der einen Auftrag zum Ankauf eines Bildes zum Preise von cr. 15 000 RM. erhält, sich darüber völlig klar ist, daß es sich alsdann um etwas ganz besonders Hervorragendes, ein Kunstwerk handle, nur handeln könne. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung wird man deshalb sagen können, dem Beauftragten sei es keineswegs gleichgültig gewesen, was er kaufe. Vielmehr liegt in dem von ihm bewilligten hohen Preisangebot gleichzeitig auch die stillschweigende — dies möchte ich annehmen —Erklärung, nur ein Wertstück, nicht jedoch eine wertlose Kopie erwerben zu wollen. Andererseits erklärt auch der Kunsthändler damit, daß er einen solchen Liebhaberpreis fordert, daß er in dem Vertragsgegenstand ein echtes Bild eines Meisters veräußere; diese beiden gleichlaufenden Willensrichtungen haben sich zum stillschweigenden Vertragsinhalt verschmolzen. Die tatsächliche Leistung hingegen ist lediglich eine wertlose Kopie aus jüngster Zeit. Damit aber dürfte die Fehlerhaftigkeit des Kaufobjekts feststehen, da die Leistung nicht vertragsmäßig ist.

Aus letzterem Beispiel geht insbesondere deutlich hervor, daß auch die Höhe des geforderten und bewilligten Kaufpreises für die Entscheidung der hier zur Erörterung stehenden Fälle von ausschlaggebender Bedeutung ist; und dies mit Recht, denn gerade der Preis gibt merklicher als manch andere Umstände bei Vertragsschluß zu erkennen, ob die Parteien die Echtheit des Kaufobjekts als gewiß vorausgesetzt haben oder nicht. Dies verkennt auch Riezler[37] nicht.

---

36) RGRKomm. § 459 Bem. 4. I, a.
37) Jur. Wochenschrift 1926, Seite 2532.

Man wird daher für den Bilderhandel folgenden Grundsatz aufstellen können: Die Unechtheit des Kaufgegenstandes ist stets dann ein Fehler i. S. des § 459 I BGB., wenn seine Echtheit bei Abschluß des Vertrages von den Parteien als gewiß vorausgesetzt worden ist.

3. Der gewöhnliche und der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch eines echten Gemäldes.

Der Tatbestand des Gesetzes erfordert ferner, daß der Fehler — hier die Unechtheit — den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Vorliegend kann nur der zweite Fall in Frage kommen, denn dem gewöhnlichen Gebrauch entspricht immer noch eine Kopie. Was aber unter dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch zu verstehen ist, ist nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls zu entscheiden. Wenn aber jemand ein echtes Kunstwerk zu erwerben beabsichtigt, so will er sich nicht nur am Aussehen, am Anblick desselben erfreuen, sondern er legt das Hauptgewicht auf die Echtheit des Bildes. Ebenso wie für einen Markensammler ein Neudruck, obwohl er äußerlich vielleicht schöner ist, ohne Interesse sein wird, so ist auch für einen Kunstliebhaber eine Kopie meist wertlos, vielmehr ist für ihn die Echtheit von ausschlaggebender Bedeutung. Diese Auffassung vertritt auch das Reichsgericht[38] in seiner Entscheidung vom 27. 11. 1926. Es bestätigt dort die Ausführungen des Berufungsgerichts in folgenderWeise: „...der nach dem Kaufvertrage über solche Bilder vorausgesetzte Gebrauch bestehe darin, daß der Käufer sich in seiner Wohnung der Werke anerkannter Meister erfreue und in den Kreisen der Kunstverständigen als Besitzer bedeutender und wertvoller höchstseltener Kunstwerke gelte." Man wird daher die mangelnde Echtheit, sofern sie nach den vorhergehenden Ausführungen als Fehler zu erachten ist, s t e t s als einen solchen betrachten müssen, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erheblich mindert, ja gänzlich aufhebt. Damit entfällt somit ein für allemal die Anwendungsmöglichkeit des § 459 I Satz 2. —

---

38) RGZ. Band 115 Seite 287.

Gemäß § 459 II BGB. haftet der Verkäufer auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften besitzt. Wann jedoch die Echtheit als zugesichert gelten darf, wird zweckmäßigerweise noch nicht an dieser Stelle, sondern erst bei der Behandlung des Anspruchs aus § 463 BGB. zu erörtern sein.

4. Der § 460 BGB.

Nach § 460 BGB. haftet der Verkäufer für solche Mängel nicht, die dem Käufer beim Vertragsschluß bekannt waren. Soweit die Echtheit in Frage steht, dürfte dieser Fall beim Bilderkauf niemals eintreten, denn der Erwerber, dem die Unechtheit bekannt ist, wird das Bild nicht als echt kaufen und vor allem bezahlen. Aber auch dann hat der Verkäufer die Unechtheit nicht zu vertreten, wenn dem Käufer dieser Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Auch dies dürfte nur ganz selten zutreffen, da naturgemäß die Entscheidung über die Echtheit eines Bildes nicht leicht und manchmal erst auf Grund zahlreicher Sachverständigengutachten getroffen werden kann. Trotz grober Fahrlässigkeit auf Seiten des Käufers haftet der Verkäufer dennoch, wenn er die Echtheit zugesichert oder die Unechtheit arglistig verschwiegen hat.

Zusammenfassend ist zu sagen:

Der Wandlungs- oder Minderungsanspruch aus § 462 BGB. ist beim Verkauf eines unechten Bildes stets dann gegeben, wenn seine Echtheit bei Vertragsschluß von beiden Teilen vorausgesetzt worden und die Unechtheit dem Käufer nicht infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist; die Ansprüche können jederzeit, also auch vor Gefahrübergang geltend gemacht werden.

Wandlung und Minderung sind zwei selbständige Ansprüche, nicht etwa ein Anspruch mit alternativem Inhalt.[39] Die Geltendmachung des Minderungsanspruchs dürfte jedoch in den hier behandelten Fällen naturgemäß so gut wie niemals praktisch werden.

---

39) Eccius a.a.O. Seite 316; Staudinger § 462, III ff.; Soergel § 462 Bem. 2; Gierke 3, § 194 S. 472; RGRKomm. § 462, Bem. 1 S. 71; Warneyer § 462, I; Enneccerus § 333, S. 328.

b. Der Gewährschaftsanspruch aus § 463 BGB.

Statt Wandlung oder Minderung kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 463 BGB. vorliegen.

Auch im römischen Recht hatte der Käufer gegen den Verkäufer die „actio emti" bei Fehlen von zugesicherten Eigenschaften und bei Kenntnis und Verschweigen eines Mangels ähnlich wie heute der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

1. Die Zusicherung der Echtheit.

Nach § 463 Abs. I Satz 1 BGB. ist erforderlich, daß dem Kaufobjekt eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Eine zu weitgehende und daher im Sinne des § 459 II BGB. unbrauchbare Begriffsbestimmung der Eigenschaft gibt Zitelmann[40]. Nach ihm ist Eigenschaft jedes Merkmal des Dinges, überhaupt alles, was von einem Dinge ausgesagt werden kann. Demnach wäre auch, wie Schloßmann[41] zutreffend bemerkt, die Existenz oder die Nichtexistenz, also auch das Geborensein des Menschen eine Eigenschaft. Dies wird jedoch wohl nicht ernstlich behauptet werden können.

Fehlerhaft wäre aber auch eine zu enge Fassung des Begriffes, z. B. des Inhalts, daß Eigenschaft nur das sei, was dem Gegenstand dauernd und substantiell anhafte. Man wird vielmehr den Eigenschaftsbegriff dahin zu bestimmen haben, daß darunter nicht nur die natürlichen derPerson oder der Sache an sich zukommenden Eigenschaften zu verstehen sind, sondern auch solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse darstellen, welche in ihren Beziehungen zu den anderen Personen oder Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung in allen oder doch gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen[42]. Dahin geht die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts[43] und auch die weitaus herrschende Meinung in der Literatur[44]. Und zwar

40) Zitelmann Seite 442, c.
41) Schloßmann Seite 4, Anm. 1.
42) RG. JW. 1905, S. 425.
43) RGZ. Band 21, S. 311; 52, S. 2; 59, S. 243; 61, S. 86; Warn. Rechtspr. 1909 Nr. 383; JW. 1912, Seite 267.
44) Soergel § 119 Bem. I. 3 a; Riezler bei Stdg. § 119, Bem. III, 4, B, k; RGRK. § 119, Bem. 5; Warneyer § 119, IV. S. 180; Planck § 119, IV, 2; Neumann § 119. I, 1, a, S. 118; Achilles-Greiff § 119, Bem. 8.

gilt diese Begriffsbestimmung ganz allgemein sowohl für den Eigenschaftsbegriff in § 459 II wie auch im § 119 II BGB. unverändert.

Nach dieser Definition ist aber die Echtheit eines Gemäldes unzweifelhaft als eine Eigenschaft der Sache zu bezeichnen, denn sie ist von entscheidendem Einfluß für die Bewertung.

Wann gilt aber die Echtheit als zugesichert? Dies ist grundsätzlich nur dann der Fall, wenn sie — die Zusicherung — eine vertragliche ist ,d. h., wenn die Erklärung bezüglich der Echtheit als vertragsmäßiges Versprechen abgegeben und angenommen worden ist[45]. Ist die Zusicherung ausdrücklich erfolgt, dann ist die Rechtslage zweifellos.

Freilich wird ferner überwiegend die Frage bejaht[46], daß die Zusicherung auch stillschweigend erfolgen könne. Wann aber gegebenenfalls die Echtheit eines Bildes als stillschweigend zugesichert erachtet werden darf, werden die Umstände des Einzelfalles ergeben.

Zutreffend erscheint, was das Reichsgericht in seiner bereits früher besprochenen Entscheidung bezüglich des Thoma-Bildes hierzu gesagt hat: „..... Mögen auch stillschweigende Zusicherungen nicht schlechthin ausgeschlossen sein, so können sie doch nur in ganz seltenen Fällen angenommen werden. Das ergibt sich aus Absatz I des § 459 BGB, der im Unterschied vom Mangel zugesicherter Eigenschaften von Fehlern der Sache handelt und es auch für diese auf den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch abstellt. Vertragsmäßig vorausgesetzte Eigenschaften gelten demnach noch nicht als zugesichert."

Diesen Ausführungen des Reichsgerichts ist uneingeschränkt beizutreten. Der gewaltige Unterschied in den Rechtsfolgen, die das Gesetz gerade an die Zusicherung im Gegensatz zur Voraussetzung — nämlich den weitergehenden Anspruch auf Schadensersatz — knüpft, verlangt es, daß beides streng auseinandergehalten wird. Eine Zusicherung wird nämlich regelmäßig dann häufig nicht verlangt und gegeben worden

45) Eccius a.a.O. Seite 309; RGRK. § 459, Bem. 4, II; Soergel § 459, Bem. II, 2; Enneccerus § 331, II, 2 a; Seite 325.

46) Staub § 377, Anm. 41 a; Warneyer § 459, VII, S. 785; Soergel § 459, II, 3; Oertmann § 459, 5 a, S. 595; Enneccerus § 331, II, 2 a, S. 325; a. A. z. B. Staudinger § 459, IV, 1 a.

47) RGZ. Bd. 114, S. 241.

sein, wenn beide Teile von der Echtheit des Kaufobjekts voll überzeugt waren. Es ist demnach nicht angängig, eine Zusicherung schon dann anzunehmen, wenn dem Verkäufer durch den Käufer der Verwendungszweck[48], z. B. die Einverleibung des Gemäldes in eine auserwählte Kunstsammlung, bekannt gegeben worden ist.

Oertmann[49] ist geneigt, wie sich aus seinem Beispiel mit der Helgoland-Briefmarke ergibt, in der Festsetzung eines hohen Preises die stillschweigende Zusicherung der Echtheit zu erblicken.

Den gleichen Standpunkt hat das OLG. Stuttgart vertreten[50]. Dort handelt es sich um den Verkauf einer „Sèvres-Vase" für den Preis von 650 Mk., die sich nachträglich als unecht herausstellte. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine stillschweigende Zusicherung der Echtheit lasse sich aus den Umständen nicht folgern, eben weil der Preis eher dem Wert einer Imitation als dem eines Originalwerkes entspräche. Die Bezeichnung der Vase als eine „Sèvres-Vase" besage bei dieser Sachlage nichts anderes, als daß es sich um eine Vase nach der Art der Sèvres-Fabrikate handle.

Auch das OLG. Rostock[51] entscheidet sich dafür, daß in der Bestimmung eines außergewöhnlich hohen Preises die Zusicherung bestimmter Eigenschaften gefunden werden könne.

Ich möchte jedoch dieser Aufassung nicht beipflichten. Aus der Höhe des geforderten und bewilligten Kaufpreises läßt sich noch nicht die vertragliche Zusicherung der Echtheit herleiten, vielmehr liegt alsdann nur der Fall vor, daß die Parteien die Echtheit vorausgesetzt haben. Die beiderseitig vorausgesetzte Echtheit eines Bildes ist aber noch keine Zusicherung i. S. des § 459 II BGB. Ein allgemeiner Grundsatz, wann die Echtheit als stillschweigend zugesichert gelten darf, wird sich daher nicht aufstellen lassen. Vielmehr ist diese Frage von Fall zu Fall nach der jeweiligen Sachlage zu entscheiden.

Zu beachten ist nur, daß dies nur höchst selten anzunehmen sein wird, sodaß daher bei der diesbezüglichen Prüfung die größte Vorsicht obwalten muß.

48) Seufferts Arch. Bd. 65, S. 345.
49) § 459, Nr. 5, S. 595.
50) Deutsche Jur. Zeit. 1904, S. 512.
51) Seuff. Arch. Band 65, S.345.

2. Das arglistige Verschweigen der Echtheit.

Schlüssig ist aber der Schadensersatzanspruch auch dann, wenn der Verkäufer die Unechtheit arglistig verschwiegen hat (§ 463, Satz 2 BGB.).

Arglistiges Verschweigen ist ein Verschweigen, um den Käufer zu täuschen[52], also ein auf Täuschung gerichtetes und dazu geeignetes Verhalten. Vollendeter und kausaler[53] Betrug nach § 123 BGB. wird nicht erfordert[54]. Aber der Verkäufer muß selbst den Fehler, hier die Unechtheit, kennen oder zumindestens mit der Möglichkeit rechnen, daß er vorhanden sei; er muß aber auch weiter annehmen, daß die Unechtheit dem Käufer unbekannt sei oder sein könne[55]. Arglist liegt nicht nur dann vor, wenn der Verkäufer einen Mangel verdeckt oder sonst wie unkenntlich macht, sondern auch dann, wenn er wider Treu und Glauben solche ihm bekannte Umstände verschweigt, die nach vernünftigen Ermessen den Käufer in seinem Willensentschluß beeinflussen könnten. Daraus ergibt sich, daß den Verkäufer eine Mitteilungspflicht trifft. Doch liegt ihm diese Verpflichtung nicht hinsichtlich eines jeden Mangels ob; dies ginge zu weit und würde für Handel und Verkehr untragbare Fesseln bedeuten. Wann eine Mitteilungspflicht besteht und wann daher ein diesbezügliches Verschweigen als arglistig zu bezeichnen ist, läßt sich demnach nur nach der Verkehrsauffassung, d. h. nach dem Ermessen verständiger Männer beurteilen. Es wird dies wohl immer dann der Fall sein, wenn sich der Verkäufer bewußt war, daß sein Geschäftsgegner bei Kenntnis der Sachlage, insbesondere des Mangels oder der Umstände, die einen solchen Mangel als möglich erscheinen lassen, den Vertrag nicht oder jedenfalls nicht unter den gleichen Bedingungen geschlossen hätte.

Die hier vertretene Auffassung über die Begriffsbestimmung des arglistigen Verschweigens wird unterstützt durch eine Entscheidung des Reichsgerichts[56] vom 28. Juni 1927, der jüngsten auf dem Gebiete des Gemäldehandels.

Der Tatbestand ist kurz folgender: Die Parteien sind Kunsthändler. Die Klägerin kaufte vom Beklagten ein Oelgemälde mit einer verwischten Signatur, die von ihnen als die

52) Staub § 377, Anm. 148; RGZ. Bd. 62, S. 302.
53) Jur. Woch. 1914, S. 189.
54) RGZ. Bd. 55, S. 215.
55) Soergel § 460, Anm. 4; RGRK. § 460, Bem. 3, S. 70; Warneyer § 460, IV, S. 791; Achilles-Greiff § 460, Bem. 6; RGZ. Bd. 55, S. 214; 62, S. 312.
56) Warn. Rechtspr. des RG. 1927, Seite 245.

des bekannten Malers Ludwig Knaus gedeutet wurde, zu einem seinem Werte entsprechenden Preise von 1000 Dollar und erhielt das Bild nach Zahlung des Kaufpreises übergeben. Wie nachträglich festgestellt worden ist, ist das Bild nicht von Knaus gemalt und hat einen ungefähren Wert von zirka 600 Mk. In den Gründen des Berufungsgerichts, die vom Reichsgericht voll bestätigt werden, heißt es u. a.: Die Frage nach dem gewissen Urheber des Gemäldes habe bei den Kaufverhandlungen einen wesentlichen Punkt gebildet und dem Beklagten sei es klar gewesen, daß diese Frage von erheblicher Bedeutung für die Entscheidung des Klägers bezüglich des Ankaufs, mindestens hinsichtlich des zu bewilligenden Preises gewesen sei. Die Parteien hätten auch die verwischten Schriftzüge auf dem Bilde als die Signatur von Knaus gedeutet. Gerade mit Rücksicht hierauf habe die Klägerin das Bild als mit Wahrscheinlichkeit von Knaus stammend angesehen und nur deshalb einen Preis von 1000 Dollar bewilligt. Sei der Signierung eines Bildes im allgemeinen nach der Verkehrsanschauung die Bedeutung beigemessen, daß sie die Urheberschaft des Bildes dartue, und hätten die Parteien selbst der Signierung beim Vertragsschlusse maßgebende Bedeutung beigemessen, so sei es die „Pflicht des Beklagten gewesen, der Klägerin auch solche ihm bekannte Umstände mitzuteilen ,die der Auffassung der Signatur in dem maßgebenden Sinne entgegenstanden". Ein solcher Umstand sei der gewesen, daß sich auf dem Bilde zur Zeit, wo es der Beklagte erworben, die Signierung „Werner" — der Name eines wenig bekannten Malers — befunden und der Beklagte diese Signierung selbst beseitigt habe. Hätte die Klägerin gewußt, daß das Bild neben den schwer als eine Signierung erkennbaren und nur schwer als eine Signierung „Knaus" deutbaren Resten noch eine andere Signierung getragen habe, so wären ihre Zweifel an der Echtheit des Bildes derart verstärkt worden, daß die Klägerin vom Kaufabschluß ganz abgesehen, gewiß aber einen Preis von 1000 Dollar nicht bewilligt hätte. Wenn der Beklagte die den Wert des Bildes bestimmende und sich auf die Signierung stützende Meinung vertreten habe, das Bild sei von Knaus, so habe er der Klägerin dabei nicht verschweigen dürfen, daß das Bild, als es in seine Hände gekommen, eine weitere Signierung „Werner" getragen habe. In diesem Verschweigen sei das arglistige Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache zu finden; denn als eine zur Zeit

des Kaufabschlusses noch vorhandener Fehler des Bildes sei es anzusehen, daß es ein früheres Signum „Werner" getragen habe, weil dadurch der Wert des Bildes fortdauernd beeinträchtigt werde. Es handle sich um eine bewußte Täuschung der Klägerin, da der Beklagte die Erheblichkeit des verschwiegenen Mangels für die Klägerin gekannt habe.

Ein weiteres treffendes Beispiel für den Fall arglistigen Verschweigens im Kunsthandel findet sich in der bekannten Entscheidung des Reichsgerichts[57] betreffend den Verkauf einer alten Stradivarius-Geige Obwohl es sich dort um den Kauf einer alten „Geige" handelt, ist der Fall deshalb von Interesse, weil bei dem Verkauf eines alten „Bildes" ebenso zu entscheiden wäre. Das Reichsgericht hat dort ein arglistiges Verschweigen darin gesehen, daß der Verkäufer neben sechs Echtheitsattesten nicht auch ein siebentes Zeugnis eines hochgeschätzten Sachverständigen, das die Geige für unecht erklärte, bei den Kaufverhandlungen vorgelegt, also unterdrückt hat. Im weiteren stimmen die Ausführungen gedanklich und rechtlich mit der vorbesprochenen Entscheidung überein.

3. Die arglistige Vorspiegelung der Echtheit.

Dem arglistigen Verschweigen ist der Fall gleichzusetzen, daß der Verkäufer beim Vertragsschluß eine Sacheigenschaft betrüglich vorgespiegelt, also nicht zugesichert, sondern nur als vorhanden vorgegeben hat. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht in entsprechender Anwendung des § 463 BGB. aufgestellt und bis heute in zahlreichen Entscheidungen[58] verfochten. Anfänglich wurde dieser Rechtsgrundsatz vom Reichsgericht aus § 249 BGB. hergeleitet, indem es unter dem nach dieser Bestimmung herzustellenden Zustand „den" Zustand verstand, der durch den Vertrag bezweckt sei und der sich als Folge des Vertrages darstelle, wenn die Angaben des Verkäufers wahr gewesen wären[59]. Diese frühere Begründung ist jedoch in den neueren Entscheidungen völlig aufgegeben. Die Gleichstellung der betrüglichen Vorspiegelung mit dem arglistigen Verschweigen wird nunmehr folgendermaßen gerechtfertigt. Der Verkäufer, der den Käufer durch arglistige Vorspiegelung angeblich vorhandener Eigenschaften zum Ver-

57) Warn. Jahrb. der Entsch. 1916, S. 394—96.
58) RGZ. Bd. 66, S. 335; 83, S. 241; 96, S. 156; RG. Recht 1912, Nr. 2024; RG. JW. 1913, S. 197.
59) RGZ. Bd. 63, S. 110; 59, 155.

tragsschluß bestimmt, macht sich nach §§ 823 II, 826 BGB. wegen unerlaubter Handlung schadensersatzpflichtig. Da es ohne den Betrug zum Vertragsschluß nicht gekommen wäre, würde dieser Schadensersatzanspruch regelmäßig nur zum Ersatz des negativen Interesses führen. Wer aber arglistig Eigenschaften vorgespiegelt hat, kann nicht besser stehen, als derjenige, welcher Fehler arglistig verschwiegen hat. Der eine wie der andere tut im Grunde genommen genau das Gleiche. Ist nun der Käufer infolge der Täuschung in seinem Vermögen beeinträchtigt, so kann aus der Gleichheit des Rechtsgrundes in analoger Anwendung des § 463 BGB. der Käufer den Verkäufer, der ihm nicht vorhandene Eigenschaften oder die Abwesenheit von Fehlern arglistig vorgespiegelt hat, ebenso auf das volle Erfüllungsinteresse in Anspruch nehmen, wie wenn dieser ihm die Eigenschaften vertragsmäßig zugesichert hätte. Dieser Grundsatz bezieht sich aber nur — was zu beachten ist — auf das arglistige Vorspiegeln des Vorhandenseins von Sacheigenschaften und der Abwesenheit von Gewährleistungsmängeln.

Diese Rechtsauffassung wird außer vom Reichsgericht[60] auch im Kommentar der Reichsgerichtsräte[61], ferner von Staub[62], Enneccerus[63], von Gierke[64], Soergel[65] und Warneyer[66] vertreten.

Gegen die analoge Anwendung des § 463 BGB. auf die falsche Vorspiegelung sprechen sich vor allem aus: Planck[67], Staudinger[68], Oertmann[69] und von Tuhr[70]. Von dieser Seite wird geltend gemacht, die Vorschrift des § 463 BGB. sei hinsichtlich der Rechtsfolgen des arglistigen Verschweigens eine Sondervorschrift; außerdem sei zu beachten, daß § 463 zu einer Steigerung der durch § 459 begründeten Haftung führe, während für Eigenschaften, die der Verkäufer vorspiegelt, — abgesehen von der Vorspiegelung, sofern sie nämlich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, — nicht gehaftet wird.

60) RGZ. Bd. 103, S. 160; 99, 121; 92, 295; 83, 243; Warn. Rechtspr. 1922 Nr. 40; Leipz. Zeitschr. 1919, S. 691[5].
61) a.a.O. § 463, Nr. 5.
62) a.a.O. § 377, Anm. 86.
63) a.a.O. I. § 331, II, 3, c.
64) a.a.O. III, § 194, Anm. 43.
65) a.a.O. § 463, Bem. 4.
66) a.a.O. § 463, XVI.
67) a.a.O. § 463, Bem. 8.
68) a.a.O. § 463, Erl. 3 c und 8 b, γ.
69) a.a.O. § 463, Bem. 5, b, ß.

Diese Gründe erscheinen jedoch im Hinblick auf die wohldurchdachte Lehre des Reichsgerichts und seiner Anhänger nicht stichhaltig genug.

Liegt demnach einer von den drei Anwendungsfällen des § 463 BGB. vor, d. h. hat der Verkäufer bei Vertragsschluß entweder die Echtheit, bzw. die Herkunft des Bildes von einem bestimmten Meister zugesichert, oder den Mangel der Echtheit in dem oben festgestellten Sinne arglistig verschwiegen oder schließlich das Vorhandensein der Echtheit des Gemäldes arglistig vorgespiegelt, so hat der Käufer, sofern ihm der Mangel bei Kaufabschluß nicht[71] bekannt war (§ 460 BGB.), gegen den Verkäufer statt Wandlung oder Minderung den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Streitig ist ferner noch die Frage, ob der Käufer den mangelhaften Gegenstand nur dann zurückweisen darf, wenn er an der Lieferung des Kaufobjekts in dem mit dem Mangel behafteten Zustande kein Interesse hat[72], oder ob er in jedem Falle — also ganz allgemein — zur Zurückweisung berechtigt ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes: Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann es nicht zweifelhaft sein, daß dem Käufer dieses Recht ausnahmslos zusteht. Denn der Verkäufer soll so behandelt werden, als hätte er nicht erfüllt[73]. Ueberdies kann diese Streitfrage hier unentschieden bleiben, denn beim Mangel der Echtheit liegt das fehlende Interesse am Kaufobjekt auf der Hand.

Damit wäre die Behandlung der Gewährschaftsrechte abgeschlossen.

II. Die Bedeutung der „Culpa in contrahendo" in dieser Arbeit.

Zu prüfen ist nunmehr, ob für den Käufer eines unechten Bildes, das als echt verkauft worden ist, ein Schadensersatzanspruch aus § 276 I BGB.: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten", in Betracht kommen könnte.

Die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts[1] und ein großer Teil der Literatur[2] erblicken in § 276 BGB. nicht nur das

71) A. A. Oertmann, § 463, Bem. 4; (unrichtig!).
72) So von Tuhr, Bd. I, 2, § 68.
73) Staub § 377, Anm. 87 und 151.
1) RGZ. Bd. 52, S. 19; 53, S. 201; 62 S. 120; 106, S. 25/26.
2) Staudinger § 276, III; Soergel § 276, I; RGRK. § 276, I; Warneyer § 276, V, S. 479; Neumann § 276, Bem. 1, a.

Haftungsmaß, sondern auch einen ganz allgemeinen Haftungsgrund.

Insbesondere gilt dieser Grundsatz auch schon für Verschulden beim[3] Vertragsschluß, sogen. „Culpa in contrahendo". Das Gesetz kennt bereits mehrere solcher Fälle, so die der §§ 122, 179, 307, 309, 463 II BGB., Ihre Voraussetzungen sind namentlich, daß die eine Vertragspartei es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, bei den Vertragsverhandlungen die Gegenpartei auf Dinge aufmerksam zu machen, von denen sie annehmen muß oder müßte, daß sie geeignet seien, den Willensentschluß des anderen zu beeinflussen. Wie weit diese Offenbarungspflicht geht, ist nach Treu und Glauben im Verkehr zu beurteilen (§§ 157, 242 BGB.).

Das Reichsgericht sagt hierüber in einer grundlegenden Entscheidung[4] folgendes:

Das fahrlässige Verschweigen von Tatsachen, die für den Entschluß des Vertragsgegners von Bedeutung seien, ob und wie er den Vertrag abschließen wolle, verpflichte zum Ersatz, falls es zum Vertrage komme und der Gegner einen Schaden erleide und zwar dadurch, daß er jene Tatsachen nicht habe berücksichtigen können. Es führt weiter aus, daß das BGB. zwar keine allgemeinen Vorschriften enthalte, wonach ein Vertragsteil für Verschulden beim Vertragsschluß einzustehen habe. Es lehne aber die Haftung auch nicht ab. Ferner wird auf die Vorschriften der §§ 179, 307 und 309 BGB. verwiesen, die bei nicht zustandegekommenen Verträgen ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch für culpa in contrahendo gewähren. Außerdem sei für die Bedürfnisse des redlichen Verkehrs und nach dem das gesamte Vertragsrecht beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben die rechtliche Anerkennung der vertraglichen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß unentbehrlich, wenn ein Vertrag gültig abgeschlossen sei und eine Partei Umstände, von denen sie wissen mußte oder sich sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß der anderen Partei von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässig verschweige oder darüber unrichtige Angaben mache. Es sei kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb die

3) RGZ. Bd. 97, S. 327; 103, S. 50; 107, S. 362; 114, S. 159; 116, S. 18; Warn. Rechtspr. 1920, Nr. 149; Jur. Woch. 1912, S. 743[5]. – Literatur: Staub § 347, Anm. 2a ff.; Warneyer § 276, V, S. 479; Soergel § 276, 1, 5; RGRK., § 276, Bem. 1. Im Ergebnis auch zustimmend Enneccerus § 276, III.

4) RGZ. Bd. 95, S. 58 ff.

Vertragsparteien beim Vertragsabschluß zu geringerer Sorgfalt verpflichtet sein sollten, als nach Vertragsschluß.

Auch neben den Gewährleistungsansprüchen beim Kauf[5] gilt dieser allgemeine Haftungsgrund, aber selbstverständlich nur dann und insoweit als die Sondervorschriften nicht bereits zum Ziele führen[6]. Letzteres ist in derTat nicht immer der Fall; denn oft kommen Fälle vor, in denen ein Schaden entstanden ist, der nicht schon dadurch behoben wird, daß der Kaufpreis gemindert oder der ganze Kauf rückgängig gemacht wird, sodaß daher dem Geschädigten nur durch einen Schadensersatzanspruch zu seinem Recht verholfen werden kann.

In § 463 BGB. ist zwar, wie wir gesehen haben, ein solcher Anspruch festgelegt, sofern der Verkäufer nicht vorhandene Eigenschaften des Vertragsgegenstandes zugesichert, arglistig vorgespiegelt oder ihm anhaftende Mängel arglistig verschwiegen hat. Das Verschweigen von Mängeln und das Vorspiegeln von Eigenschaften muß aber hier „arglistig" erfolgt sein, um die begehrte Ersatzpflicht zu begründen. Des öfteren wird aber das Verschweigen nur auf Fahrlässigkeit — vielleicht grober — nicht jedoch auf Arglist beruhen. Die Folge davon wäre, daß alsdann der Käufer schutzlos dasteht. Vor allem wird im Prozeß — einmal praktisch gesehen — dem Verkäufer viel eher Fahrlässigkeit als Arglist nachgewiesen werden können. Auch dies ist wesentlich.

Man kommt daher zu folgendem Ergebnis: Hat der Käufer außer der Zahlung des Kaufpreises keinen weiteren Schaden gehabt, so bringt ihm bereits der Wandlungsanspruch vollen Ersatz seiner Interessenverletzung. Die gleichzeitige Geltendmachung des Anspruchs aus culpa in contrahendo wäre alsdann aussichtslos. Macht aber der Käufer wegen eines etwaigen weiteren Schadens den Anspruch aus § 463,II BGB. geltend, dann geht der Tatbestand der „C. i. c." in dem des § 463, Satz 2 BGB. vollkommen auf. Der Käufer hat aber hier die Möglichkeit, den Anspruch aus „C. i. c." hilfsweise geltend zu machen. Dringt er mit dem Gewährschaftsanspruch aus § 463, S. 2 BGB. nicht durch, so könnte er gleichwohl noch aus „C. i. c.", sofern deren — leichtere — Voraussetzungen vorliegen, Ersatz seines weiteren Schadens erlangen.

5) RGRK. § 459, 6, g; von Blume i. Iherings Jahrb. Bd. 55, S. 227 ff.; E. Müller im Recht, 1902, S. 577 ff.; RGZ. Bd. 52, S. 19.
6) RGZ. Bd. 53, S. 202.

Freilich können die beiden in ihren Voraussetzungen bezüglich des Verschuldensmaßes so verschiedenartigen Rechtsbehelfe nicht zum gleichen Erfolge führen. Das ergibt sich ganz natürlich daraus, daß die „C. i. c.", die Fahrlässigkeit genügen läßt, nicht auf das volle Erfüllungsinteresse gehen, sondern nur den Käufer so stellen kann, als wenn der Vertragsschluß unterblieben wäre. Er hat daher lediglich Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, des sog. negativen Vertragsinteresses. —

Dies ist auch die vorherrschende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung.[7] Es sollen demnach nur diejenigen Mängel ausgeglichen werden, die ohne Abgabe der Kauferklärung nicht eingetreten wären. Diese Nachteile können wieder in positivem Schaden bestehen, wie in Kostenaufwendungen zum Zwecke der Erfüllung oder in Erwartung der Gegenleistung oder auch in entgangenem Gewinn aus einem anderen Geschäft (§ 252 BGB.). Der Käufer hat z. B. ein anderes günstiges Kaufangebot mit Rücksicht auf den bereits getätigten Kauf des vermeintlich echten Bildes abgelehnt. Jedenfalls wird der zu ersetzende Vertrauensschaden grundsätzlich erheblich geringer sein als das Erfüllungsinteresse; in keinem Falle geht aber der Ersatz des negativen Vertragsinteresses über das Erfüllungsinteresse hinaus (§ 122 BGB). Und dies ist auch durchaus recht und billig.

III. Die positive Vertragsverletzung.

Als letzter vertraglicher Anspruch käme für den Käufer eines unechten, als echt gekauften Gemäldes schließlich noch eine Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung in Frage.

Bei schuldhafter, mangelhafter Lieferung durch den Verkäufer steht dem Käufer wegen „positiver Vertragsverletzung" des Verkäufers ein Schadensersatzanspruch neben den sonstigen Gewährschaftsrechten zu, nicht etwa nur wahlweise an Stelle der einzelnen Gewährleistungsansprüche. Trotzdem eine ausdrückliche Vorschrift im BGB. fehlt, ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, daß der Schuldner, hier der Verkäufer durch schuldhafte Verletzung[1]

7) RGZ. Bd. 103, S. 160; anders noch RGZ., Bd. 59, S. 155; 62, S. 384; 63, S. 110.
1) Staub § 347, Anm. 11; Staudinger, Vorbem. 5 e zu § 459; Warneyer § 459, S. 788; RGRK. § 459, Bem. 6; Soergel, Vorbem. 5 e zu § 459.

seiner Erfüllungspflicht schadensersatzpflichtig werden kann. Dieser Rechtsgrundsatz ergibt sich ebenso wie der der „C. i. c." aus § 276 BGB. Er muß auch auf den Kaufvertrag Anwendung finden, da er, wie schon erwähnt, durch die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. keineswegs ausgeschlossen wird[2]. Denn Wandlung und Minderung setzen ein Verschulden nicht voraus und der Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB. wegen Nichterfüllung verlangt ein Verschulden — wie ausgeführt — nur bestimmter Art und in bestimmter Richtung, nämlich bei Vertragsschluß. Jedoch wird in der Regel eine Haftung des Verkäufers eines unechten Bildes wegen positiver Vertragsverletzung nicht in Betracht kommen, denn der Mangel des Bildes, seine Unechtheit, kann nicht erst nach Vertragsschluß schuldhaft herbeigeführt worden sein, sondern dieser Mangel ist bereits bei Kaufabschluß vorhanden gewesen.[3] Ein Fall der positiven Vertragsverletzung könnte aber m. E. dann vorliegen, wenn der Verkäufer zwischen Kaufabschluß und Erfüllung — durch Uebergabe — die Unechtheit des Bildes erkannte oder erfuhr, dem Käufer jedoch verschwieg. Alsdann müßte der Verkäufer dem Käufer den etwa aus diesem Verschweigen entstandenen Schaden auf Grund des hier entwickelten Rechtssatzes ersetzen. —

IV. Die Anfechtung des Vertrages durch den Käufer wegen Irrtums über die Echtheit aus § 119 BGB.

Nachdem sich bisher die rechtliche Untersuchung lediglich darauf erstreckt hat, welche Rechte dem Käufer eines vermeintlich echten Bildes aus dem Vertrage zustehen könnten, bleibt jetzt noch zu erörtern, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Käufer den ihm ungünstigen Vertrag zu beseitigen vermag.

Zu diesem Ziel würde den Käufer die Anfechtung führen, denn nach § 142 BGB. ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft durch die Anfechtung von Anfang an nichtig.

a. Ihre Voraussetzungen.

Zunächst käme eine Anfechtung gemäß § 119 BGB. in Betracht. Sie ist formlos und erfolgt durch Erklärung gegen-

2) E. Müller i. Recht, 1902, S. 577 ff.; Planck § 462, 7 c; Enneccerus § 335, I, 2; RGZ. 52, S. 19; 53, S. 201; 66, S. 291; 68, S. 193.
3) Enneccerus § 335, I, 1 und 2.

über dem Anfechtungsgegner (§ 143 BGB.). Zu erwähnen ist noch, daß es auf den Wortlaut der Erklärung nicht ankommt; insbesondere bedarf es nicht des Ausdrucks, daß angefochten werde.[1] Vielmehr kann schon in dem Bestreiten einer Verpflichtung eine rechtlich genügende Anfechtungserklärung erblickt werden.

Nach § 119 Abs. I BGB. kann anfechten, wer bei Abgabe einer Willenserklärung über den Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

Nach dem Wortlaut des § 119 I BGB. sind demnach zwei Fälle zu unterscheiden: Der Irrtum über den Erklärungsinhalt und der in der Erklärungshandlung. Beide Möglichkeiten werden in den hier gedachten Fällen nicht in Betracht zu ziehen sein, denn der Käufer eines bestimmten, vermeintlich echten Bildes will dieses bestimmte Gemälde erstehen und gibt daher eine seinem Willen entsprechende Kauferklärung ab, die schließlich zum Vertragsschluß führt. Es ist dann weder ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung noch ein solcher im Erklärungsakt ersichtlich. Wille und Erklärung weichen alsdann in keiner Beziehung voneinander ab, sondern stimmen völlig miteinander überein.

Es käme demnach für den Käufer eines unechten Bildes noch der Dritte vom Gesetz für beachtlich erklärte Irrtum des § 119 II BGB. in Frage. Danach gilt auch als Irrtum über den Inhalt der Erklärung ein Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Wann ein „Irrtum" vorliegt, bedarf wohl keiner weiteren Erklärung; er ist stets dann gegeben, wenn die Vorstellung, die man sich über etwas macht, nicht der Wirklichkeit entspricht. Dies würde demnach, wenn jemand ein unechtes Gemälde als echt kauft, immer zutreffen. Der Käufer irrt sich alsdann auch über eine Eigenschaft des Vertragsgegenstandes; denn die Echtheit ist eine Sacheigenschaft,[2] da sie für die Bewertung von Einfluß ist.

---

1) Danz in Iherings Jahrb. 56, S. 458; RGRK. § 143, Bem. 1 S. 227; Soergel § 143. Bem. 1; Warneyer § 143, I; Oertmann § 143, Bem. 1 a; Neumann § 143 Bem. 1, S. 162; RGZ. Bd. 48, S. 221; 65, S. 88.

2) Vergleiche Seite 19 dieser Arbeit, insbesondere die Anmerkungen 42 bis 44.

Es genügt aber nach § 119 II BGB. nicht der Irrtum über die Eigenschaft einer Sache schlechthin, sondern die Eigenschaft muß auch im Verkehr als „wesentlich" gelten.

Die Bedeutung des Wortes wesentlich ist zweifelhaft; die Meinungen in der Literatur gehen daher auch weit auseinander.

Eine Ansicht, vor allem vertreten von Enneccerus,[3] Tuhr,[4] Cosack[5] und Warneyer[6] geht dahin, daß darunter nur diejenigen Eigenschaften zu verstehen seien, die für den Verkehr das Wesen der Sache ausmachen; ihr Fehlen solle die Sache als eine andere erscheinen lassen.

Diese Begriffsbestimmung erscheint jedoch zu eng und entspricht nicht dem Sprachgebrauch des Wortes wesentlich. Sie setzt wesentlich gleich wesensbestimmend und fälscht damit den Tatbestand des Gesetzes. Sie kann daher nicht gebilligt werden.

Lenel[7] wieder ging davon aus, daß verkehrswesentlich solche Eigenschaften seien, die regelmäßig, wenn auch stillschweigend, zugesichert zu werden pflegen. Die normale Kennzeichnung des Geschäftsobjekts solle entscheidend sein. Das mag häufig zutreffen, kann jedoch auch zu unannehmbaren Ergebnissen führen. Einen Beweis hierfür gibt seine Folgerung, daß die Eigenschaft eines alten Kunstwerkes als Original oder Kopie nicht als wesentlich gelten könne. Jedoch vermochte der Autor an dieser Begriffsbestimmung des wesentlich selbst nicht festzuhalten. Er erklärt[8] nunmehr in Anlehnung an das Pr. allg. Landrecht (I, 4, § 81) diejenigen Eigenschaften als wesentlich, die bei „diesem" Geschäft unter „diesen" Umständen „allgemein vorausgesetzt zu werden pflegen".

Dem Sprachgebrauch des Wortes „wesentlich" entsprechend wird man darunter alles für die Wertschätzung der Sache Wichtige, Erhebliche zu verstehen haben.[9]

Wann aber eine Eigenschaft als wesentlich erheblich nach der Verkehrsanschauung zu gelten hat, dafür läßt sich keine allgemein gültige Formel aufstellen. Eine Eigenschaft, die für das eine Geschäft von Wichtigkeit ist, kann für ein anderes

3) a.a.O. § 157, III, 3.
4) a.a.O. § 67, II, S. 578.
5) a.a.O. § 96, I, 1 b.
6) a.a.O. § 119, IV, S. 181.
7) In Iherings Jahrb. Bd. 44, S. 13/14.
8) In Arch. f. ziv. Prax. Bd. 123, S. 190.
9) Soergel § 119, Bem. I, 3 b; Gschnitzer S. 206; Schefold S. 281; Schwaiger in Seuff. Bl. 74, Seite 573/76; RGZ. Bd. 61, S. 86.

ganz bedeutungslos sein. Für die Beurteilung der Frage, wann die Verkehrsanschauung eine Eigenschaft als wesentlich in dem hier vertretenen Sinne erachtet, wird es auf die Art und Sonderheit des im Einzelfall abgeschlossenen Geschäfts ankommen. Da aber die typische Eigenart des Geschäfts berücksichtigt werden soll, so ergibt sich, daß die Verkehrsanschauung kein absoluter Maßstab ist, nach welchem jede Eigenschaft endgültig als wesentlich oder als unwesentlich festgelegt werden soll. Immerhin ist sie aber insoweit ein objektiver Maßstab, als es auf die inviduelle Eigenart des Verhältnisses nicht ankommen darf. Verkehrs u n wesentlich sind somit Eigenschaften der Sache, auf die jemand nur aus Laune[10] oder besonderer Eigenart Wert legt.

Treffend ist in dieser Beziehung das Beispiel bei Haußmann,[11] wonach ein Gelehrter ein Hirschgeweih kauft, weil er darauf eine seltene Flechtenbildung wahrzunehmen glaubt. In Wirklichkeit handelte es sich jedoch nur um vertrockneten Schmutz. Es kann aber nicht im Verkehr als wesentlich angesehen werden, ob ein Hirschgeweih eine Flechtenbildung oder nur verkrusteten Schmutz trägt.

Wenn man nunmehr darüber zu entscheiden hat, ob es in dem festgestellten Sinne verkehrswesentlich ist, daß ein Bild echt, d. h. die Schöpfung eines bestimmten Meisters und nicht nur ein Bild nach der Art dieses Künstlers ist, so kann dies nur in bejahendem Sinne geschehen. Denn ein echtes Gemälde wird stets eine viel höhere Bewertung erfahren als eine Kopie oder Fälschung.[12]

Aber selbst der Irrtum über eine an sich ganz zweifellose verkehrswesentliche Eigenschaft wie die Echtheit eines Gegenstandes, kann nur erheblich sein, wenn die Eigenschaft mit dem Geschäftsinhalt in unmittelbarem[13] Zusammenhange steht, den Inhalt der Erklärung in irgend einer Weise berührt.[14] Wohl noch klarer und daher richtiger erscheint die Fassung, daß derartige Eigenschaften nur dann beachtlich sind, „wenn sie dem anderen Teil erkennbar als wesentlich dem Vertragsschluß zugrunde gelegt wurden".[15] Das erhellt ganz eindeutig

10) Riezler b. Staudg. § 119, III, 4, A, b.
11) a.a.O. S. 39.
12) Enneccerus § 157, III, 3, Anm. 24.
13) Soergel § 119, I, 3 b; Oertmann § 119, Bem. 4 e, S. 398; Planck § 119, Iv, 3.
14) Gschnitzer S. 204.
15) RGRK. § 119, Nr. 105; Warn. Rechtspr. 1914, Nr. 271.

aus dem schon oben besprochenen Beispiel, daß jemand ein Bild, das er für das Werk eines berühmten Meisters hält, ohne dem Verkäufer seine Vermutung zu offenbaren, zu einem ganz niedrigen Preise ersteht, das Bild jedoch nachträglich als Fälschung erkennt. Es liegt auf der Hand, daß in einem solchen Falle der Irrtum über die Echtheit nicht in Betracht kommen kann. Denn dem Vertrage ist weder erkennbar zugrunde gelegt worden, daß es sich um ein Werk eines bestimmten Meisters handle, noch überhaupt, daß ein echtes Gemälde Gegenstand des Geschäfts sei. Für einen geringen Preis darf man auch kein Kunstwerk erwarten. Der auf die gedachte Eigenschaft, die Echtheit des Bildes, gerichtete Wille, braucht jedoch nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Auch der stillschweigend[16] erklärte und aus den näheren Umständen des Einzelfalls sich ergebende Wille wird als ausreichend zu erachten sein.

Es erscheint daher zu weitgehend,[17] den Irrtum über eine Eigenschaft des Kaufobjekts nur dann für beachtlich und rechtlich erheblich zu halten, wenn der Umstand, auf den sich der Irrtum bezieht, zum Gegenstand „der Vertragsverhandlungen" gemacht worden ist. Daran muß allerdings, obwohl es im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist, festgehalten werden, daß nur solche Eigenschaften beachtlich sein können, die dem Vertragsschluß dem anderen Teil erkennbar als wesentlich — wenn auch nur stillschweigend — zugrunde gelegt worden sind. Denn wollte man diese Voraussetzung als für die Anwendbarkeit des § 119 II BGB. nicht erforderlich erachten, so würde dies, wie aus obigem Beispiel ersichtlich, zu einer erheblichen Unsicherheit im Rechtsverkehr führen.

Der Irrtum muß aber schließlich auch für die Abgabe der Erklärung kausal gewesen sein. Dies gilt nicht nur für den § 119 I BGB., sondern auch für den Absatz II dieser Vorschrift. Denn der Eigenschaftsirrtum wird in ihr dem Inhaltsirrtum völlig gleichgestellt. Die Voraussetzungen des Absatz I: „die Kenntnis der Sachlage" und „die verständige Würdigung des Falles" bedeuten eine Verbindung des subjektiven mit dem objektiven Moment. Das erstere berücksichtigt die persönlichen, vielleicht ganz schrullenhaften Neigungen des Einzelnen; demgegenüber wieder schafft das objektive Moment einen glück-

16) Schefold S. 258.
17) Soergel Rechtspr. 1912 zu § 119, 5.

lichen Ausgleich. „Die verständige Würdigung" erweist sich als ein verschärfendes Erfordernis gegenüber der Berücksichtigung der inviduellen Verhältnisse des Irrenden. Entscheidend soll aber nicht etwa sein, wie ein verständiger „Dritter" gehandelt hätte; denn diese Auslegung entspräche nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Die Frage ist vielmehr so zu stellen, ob er, der Irrende als verständiger Mann gedacht, die diesbezügliche Erklärung abgegeben haben würde.[18] Die Kausalität dürfte beim Kauf eines vermeintlich echten Bildes stets zu bejahen sein.

Damit sind aber die Voraussetzungen der Anfechtung aus § 119 II BGB. für den Käufer eines Bildes, dessen Echtheit dem Vertragsschluß, demVerkäufer erkennbar als wesentlich zugrunde gelegt worden ist, das sich jedoch nachträglich als unecht herausgestellt, sämtlich gegeben. Andererseits ist vorher festgestellt worden, daß das Fehlen der Echtheit eines Bildes, wenn sie von den Vertragsparteien beiderseitig vorausgesetzt wurde, dem Käufer das Recht auf Wandlung gibt. Ferner steht fest, daß dem Käufer im Falle der Zusicherung der Echtheit, der arglistigen Vorspiegelung und Verschweigung die weiteren Gewährschaftsrechte aus § 463 BGB. zustehen. —

b. Die Konkurrenz mit den Gewährleistungsansprüchen.

Bei der großen Aehnlichkeit in den Voraussetzungen der Tatbestände der Anfechtung aus § 119 II und den §§ 459 ff. BGB. erhebt sich von selbst die Frage, ob diese Rechtsbehelfe dem Käufer nebeneinander und wahlweise zustehen, oder ob er auf den einen oder den anderen beschränkt ist.

Hierüber herrscht in der Literatur seit jeher großer Streit.

Es läßt sich hierbei ganz deutlich eine Gruppenbildung feststellen und zwar im wesentlichen in drei Hauptrichtungen. Bei den Vertretern der einzelnen Gruppen ist aber auch nur das Ergebnis, der von ihnen im einzelnen verfochtenen Ansicht das gleiche; der Weg aber, der sie schließlich zu dem gleichen Ergebnis führt, ist häufig schon wieder ein verschiedener. Sämtliche zu dieser Frage laut gewordenen Ansichten und Begründungen einzeln zu behandeln und zu würdigen, würde den Rahmen des hier zur Verfügung stehenden bei weitem übersteigen. Es kann daher nur ein kurzer Ueberblick über die mannigfaltigen Lösungsversuche dieses Problems gegeben werden.

18) Riezler bei Staudg. § 119, Iv, S. 483; Oertmann § 119, Bem. 5 a, b, c.

Die eine Gruppe kommt zu dem Ergebnis, daß beide Rechtsbehelfe: Anfechtungsrecht wie Gewährschaftsrechte, sofern nur die Voraussetzungen für beide im Einzelfall gegeben seien, nebeneinander bestehen, miteinander konkurrieren.

Oertmann,[19] ein Verfechter dieser Ansicht, begründet diese Lehre damit, daß sich die Unvereinbarkeit beider Rechtsbehelfe nicht erweisen lasse. Wenn auch die Anwendbarkeit der Gewährschaftsrechte über das Gebiet des nach § 119 BGB. wesentlichen Irrtums weit hinausgehe, so sei nicht einzusehen, warum da, wo der Mangel so bedeutsam sei, daß er eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache i. S. des § 119 II betreffe, die an diesen enger begrenzten Tatbestand sonst geknüpfte schärfere Wirkung darum ausgeschlossen sein sollte, weil die bloße Wandlungsbefugnis dann erst recht Platz greife. Die Frage sei insoweit praktisch bedeutsam, als der Käufer zwar wegen der knappen Anfechtungsfrist aus § 121 BGB. und der ihm bei Unkenntnis des Verkäufers drohenden Ersatzpflicht aus § 122 BGB. in der Regel der Wandlung vor der Anfechtung den Vorzug geben werde; andererseits aber brächte allerdings die Anfechtungsbefugnis den Vorteil, daß er zu einer unverzüglichen Anfechtungserklärung bei erst späterem Entdecken des Mangels n a c h Ablauf der im § 477 BGB. bestimmten Verjährungsfristen befugt sei.

Der Autor gibt selbst zu, daß diese letzte Folge im Einzelfall bedenklich wirken kann; er bleibt jedoch dabei, daß jede andere Lehre dogmatisch unrichtig sei.

Schmidt[20] geht ebenfalls davon aus, daß der Wandlungstatbestand wesentlich weiter sei, als der der Anfechtung; der Anfechtungstatbestand sei deshalb nur selten gegeben, wenn der Wandlungstatbestand vorliege. Den Hauptgrund für die Zulässigkeit der Konkurrenz beider Rechtsbehelfe findet er darin, daß der Irrtumstatbestand gegenüber dem der Wandlung wesentliche Erschwerungen enthalte, aber ferner auch die Anfechtung in ihren Rechtsfolgen nicht unwesentlich ungünstiger sei als der Gewährschaftsanspruch. Diese beiden Momente sind nach Schmidt völlig geeignet und auch hinreichend, die weitergehenden Rechtsfolgen der Anfechtung zu rechtfertigen.

---

19) Oertmann, Vorbem. 2 g zu § 459.
20) a.a.O. S. 85 ff.

Ein weiterer Verfechter der Konkurrenzmöglichkeit ist Gmelin.[21] Nach ihm entspricht es dem allgemeinen Grundsatze, daß bei einer Verletzung von Rechtsgütern dem Verletzten alle Rechtsbehelfe in kumulativer, nicht in elektiver Weise zur Verfügung stehen. Der Ausschluß der einen Norm durch die andere sei nur aus den zwingendsten Gründen und in der Regel nur dann als vom Gesetzgeber gewollt zu unterstellen, wenn das im Gesetz selber ausdrücklich gesagt sei.

Als weiterer Anhänger dieser Richtung zeigt sich Schwaiger[22] in seinem Aufsatz: „Anfechtung und Gewährleistung". Er stellt es in seinen Ausführungen auf folgenden Satz ab: „Die Anfechtung beruht auf einem Willensmangel, die Gewährleistung auf einem Erfüllungsmangel". Auch er zieht aus der Selbständigkeit beider Tatbestände die Schlußfolgerung: Das Bestehen der Gewährschaftsrechte schließe die Anfechtung wegen Irrtums nicht aus.

Als Anhänger der ersten Gruppe, sind noch zu erwähnen: Baum,[23] Cosack,[24] Endemann[25] und Crome[26].

Eine weitere Gruppe von Autoren verwirft die Konkurrenzmöglichkeit deshalb, weil sie beiden Rechtsbehelfen verschiedene Gebiete zuweist.

Die dahingehende Auffassung von Enneccerus,[27] von Tuhr[28] und Schefold[29] erklärt sich daraus, daß sie unter wesentlichen Eigenschaften i. S. des § 119 II BGB. nur solche verstehen, die das Wesen der Sache ausmachen, sodaß die Sache beim Fehlen dieser Eigenschaft zu einer anderen wird. Fehlt dann eine solche „wesensbestimmende" Eigenschaft, so ist dies nicht mehr ein Mangel i. S. des § 459 BGB., sondern es handelt sich alsdann um eine ganz andere Sache. Diese Lehre hat prima facie insofern etwas für sich, als sie durch diese Auslegung des Wortes wesentlich die Konkurrenzfrage eindeutig zu lösen scheint. Da aber die von ihnen vertretene Begriffsbestimmung der verkehrswesentlichen Eigenschaft als im Sinne des § 119 II BGB. zu eng abgelehnt worden ist,[30] fallen

21) im Recht 1907, S. 750.
22) in Seuff. Bl. f. Rechts.Anw. Bd. 74, S. 331.
23) DJZ. 1902, S. 144.
24) a.a.O. § 188, X, 3.
25) a.a.O. § 161, Bem. 3, Anm. 3.
26) a.a.O. II, § 220.
27) a.a.O. § 335, III, 1.
28) a.a.O. § 67, II, S. 581.
29) a.a.O. S. 264.
30) Seite 32 dieser Arbeit.

beiden Rechtsbehelfen auch nicht mehr verschiedene Gebiete zu. Die hier zur Erörterung stehende Frage bleibt somit ungelöst.

Auch in Planck's Kommentar[30] wird die Ansicht vertreten, daß sich die beiden Tatbestände ausschließen. Dort wird das Kriterium in folgender Erwägung gefunden. Im Falle des § 119 II sei der Käufer nicht berechtigt, der Sache andere Eigenschaften zuzuschreiben, als sie tatsächlich habe. Hier bedürfe er deshalb des Anfechtungsrechts, um sich von den Folgen seines Irrtums — gegen Leistung des Vertrauensinteresses — zu befreien. Im Falle des § 459 sei er dagegen berechtigt, von der Sache andere Eigenschaften zu erwarten, als sie habe. Hier hafte deshalb der Verkäufer auf Grund der §§ 459 ff. BGB. Der Käufer dürfe aber annehmen, daß die Kaufsache die regelmäßigen Eigenschaften ihrer Gattung und die zugesicherten Eigenschaften habe. Weiter wird in Anlehnung an die Haymann'sche Lehre[31] ausgeführt, daß das Anfechtungsrecht aus § 119 BGB. nur dann gegeben sei, wo die vom Käufer vorausgesetzte Eigenschaft das Kaufobjekt zu einer Sache anderer Gattung machen würde.

Auch Danz[32] versucht nachzuweisen, daß die Kollision zwischen beiden Tatbeständen nur eine scheinbare sei. In diesen Konkurrenzfällen liege oder könne stets nur entweder der § 119 II oder §§ 459 ff. BGB vorliegen, da die beiden Rechtsbehelfe sich logisch ausschlössen. Aufgabe des Richters sei es, durch Auslegung eine scharfe Trennung zwischen § 119 II und 459 vorzunehmen. Er führt weiter aus: „Nur wenn derjenige, der die Vertragsaufhebung fordert, bei Abschluß des Vertrages glaubte, daß andere Rechtswirkungen durch die Vertragserklärungen entstehen würden, als die so durch die richterliche Auslegung festgestellten, liegt ein Irrtum vor und es sind demnach die Vorschriften des § 119 BGB. anzuwenden, nicht aber dann schon, wenn der die Vertragsaufhebung Fordernde nur irrtümlich glaubte, daß die Rechtsfolgen, die durch die Auslegung festgestellt sind, nicht in dem konkreten Fall zur Entstehung gekommen wären, während sie in Wirklichkeit zur Entstehung gelangt sind." Danz will damit sagen: Ist die Auslegung des Käufers die „richtige", so hat er nur ein Wand-

[30] a. a. O. § 459, 1. a.
[31] Haymann S. 2.
[32] [illegible]

lungsrecht, weil er dann nach dem Gesetz den Anspruch auf die in seiner Vorstellung bestehende Kaufsache hat und somit kein Irrtum über die Vertragsfolgen vorliegt.

Die praktische Brauchbarkeit der von Danz vorgeschlagenen Lösung entfällt jedoch schon allein aus dem Grunde, weil die weitaus herrschende Meinung den Irrtum über „Rechtsfolgen" für ganz unbeachtlich erklärt.

Wolff[34] findet einen grundlegenden Unterschied zwischen dem Tatbestand des § 119 II und dem § 459 BGB. u. a. darin, daß § 119 II eine Vorstellung, die im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung bereits unrichtig sei, verlange, während sich die Vorstellung des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Kaufsache prinzipiell auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Vertrages, also auf einen zukünftigen Zeitpunkt richte. An diesem Prinzip werde auch dadurch nichts geändert, daß gelegentlich Vertragsschluß und Erfüllung zusammen fielen.

Daß diese Doktrin nicht richtig sein kann, folgt schon aus § 460 BGB. Diese Bestimmung stellt es doch, was die Kenntnis des Käufers anbetrifft, ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab.

Ein weiterer Verfechter dieser Richtung, von Blume,[35] führt den Unterschied in beiden Tatbeständen darauf zurück, daß bei § 119 II Täuschung in einer Annahme, bei § 459 Täuschung in einer Erwartung bestehe. Im Recht 1907, S. 351 führt er insbesondere aus,[36] der Käufer könne sich nicht darauf berufen, er habe sich beim Vertragsschluß hinsichtlich des Vorhandenseins einer Eigenschaft geirrt, da doch der Vertrag inhaltlich auf diese Eigenschaft Rücksicht nehme und zwar in dem Sinne, daß der Verkäufer dafür einstehen müsse, daß die betreffende Eigenschaft zur Zeit der Uebergabe der Sache vorhanden sein werde.

Auch dieser Lehre wird man nicht beipflichten können, denn einmal wird sich eine sichere Grenze zwischen den Begriffskreisen: Annahme und Erwartung nicht bestimmen lassen; namentlich aber ist nicht einzusehen, weshalb sich der Käufer dann auf seinen Irrtum nicht sollte berufen können,

34) Sachmängel beim Kauf in Iher. Jahrb., Bd. 56, S. 1 ff.; insbesondere S. 38.
35) Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung in Iher. Jahrb. 55, S. 209 ff.
36) Das Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandlungsrecht beim Kauf- und Mietvertrage.

wenn der Verkäufer für die fehlende Eigenschaft nach dem Vertragsinhalt haftet. Gerade in einem solchen Falle ist doch dann die wichtigste Voraussetzung für die Anfechtung aus § 119 II, nämlich, daß die Eigenschaft dem Vertrage, dem anderen Teil erkennbar, als wesentlich zugrunde gelegt worden ist, erfüllt.

Aehnlich wie von Blume äußert sich Krückmann[37] zu dieser Frage. Auch er leugnet jegliche Konkurrenzmöglichkeit zwischen beiden Rechtsbehelfen. Der maßgebliche Unterschied ist nach ihm darin zu finden, ob nach Lage der Sache ein Irrtum über die Verpflichtung oder ein solcher über die Leistung vorliege. Er führt aus, wenn sich der Käufer darüber beschwere, es sei ihm nicht so geliefert worden, wie er fordern könne, dann müsse er nachweisen, daß seine Forderung berechtigt sei. Gelinge ihm dieser Beweis, so stehe fest, daß der Käufer seiner Leistungspflicht nicht nachgekommen sei. Alsdann sei aber nicht der Tatbestand der Anfechtung erfüllt, sondern dem Käufer stünde als Rechtsbehelf die Leistungs-, Gewährschafts- oder Schadensersatzklage wegen Verzugs u. a zur Seite. Die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung sei demnach nur dann gegeben, wenn der Verkäufer nicht zu dem verpflichtet sei, was sich der Käufer vorgestellt habe. Die Anfechtung lasse sich daher von der Gewährleistung mühelos unterscheiden. Wo nämlich für die fehlende Eigenschaft gehaftet werde, liege kein Irrtum vor. Ein Irrtum des Käufers über die Verpflichtung des Verkäufers könne nur da vorliegen, wo für die fehlende Eigenschaft nicht gehaftet werde.

Zur Kritik dieser Lehre läßt sich etwa das Gleiche sagen wie zu der von Blume's. Nach der hier vertretenen Ansicht, daß i. S. des § 119 II nur eine solche Eigenschaft zur Anfechtung berechtigt, die dem anderen Teil erkennbar, dem Vertrage zugrunde gelegt worden ist, käme eine Anwendungsmöglichkeit des § 119 II von vornherein nicht in Betracht, da dann niemals ein Irrtum über die Verpflichtung, sondern stets nur ein solcher über die Leistung vorliegen könnte.

Roth[38] schließlich findet den grundlegenden Unterschied zwischen Gewährleistung und Anfechtung darin, daß die Irrtumsanfechtung nicht nur anders als die Gewährleistung

37) Die Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung i. Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 101. S. 398.
38) Irrtum und Gewährleistung i. Leipz. Zeitschr. 1919, S. 617 ff.

außerhalb des Vertrages, sondern im Gegensatz zur Vertragshaftung stehe. Auch dieses Unterscheidungsmerkmal hat nur den Schein eines solchen für sich, ohne es in Wirklichkeit zu sein. Wenn Roth hätte überzeugend nachweisen wollen, daß sich die beiden Tatbestände nicht berühren, so hätte er die dafür maßgeblichen — etwaig vorhandenen — Momente, die v o r der Ausübung des einen oder des anderen Rechtsbehelfs liegen, zur Begründung heranziehen müssen. Die Rechtslage, die sich nach der Entscheidung des Käufers für den einen oder den anderen Rechtsbehelf ergibt, ist für die hier zur Erörterung stehende Frage ohne jegliche Bedeutung. —

Rückblickend auf all' die zahlreichen Lösungsversuche dieses Problems, die die Vertreter der zweiten Gruppe angestellt haben, wird sich keiner als glücklich und gelungen bezeichnen lassen.

Zu einem zufriedenstellenden und zu billigenden Ergebnis gelangt aber die Lehre der dritten Gruppe, die in den Vorschriften über die Gewährleistung (§§ 459 ff. BGB.) l e g e s s p e c i a l e s gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 119 II BGB. erblicken. Mit Recht sagt zu dieser Frage das Reichsgericht,[39] der Begründer dieser Theorie, daß sonst in das Gesetz „ein unerklärlicher Zwiespalt" getragen würde.

Insbesondere lassen sich folgende gewichtige Momente für diese Meinung anführen:

Die Gewährschaftsrechte sind mit Rücksicht auf die sichere und rasche Abwickelung des im täglichen Leben bei weitem am häufigsten getätigten Rechtsgeschäfts, des Kaufes, einer verhältnismäßig kurzen Verjährungsfrist (§ 477 BGB.) unterworfen. Die Anfechtung dagegen ist nach Abgabe der anfechtbaren Willenserklärung, sofern sie nur unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgt, noch dreißig Jahr lang zulässig (§ 121 II BGB.). — Ferner hat nach § 460 BGB. der Verkäufer einen Mangel der Kaufsache dann nicht zu vertreten, wenn dem Käufer ein solcher Mangel der im § 459 I bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Da andererseits die Anfechtung nur Irrtum, also tatsächliches Nichtkennen, mag es selbst auf gröbster Fahrlässigkeit des Irrenden beruhen, vorausgesetzt, ist auch hier ein greifbarer Unterschied von nicht zu verkennender Bedeutung festzustellen. Während schließlich beim Ge-

39) RGZ. Bd. 61, S. 175; vgl. auch Bd. 62, S. 285; Bd. 70, S. 429.

währschaftsrecht grundsätzlich die Zeit des Gefahrüberganges (§ 459) der maßgebliche Zeitpunkt ist, an den sich die einzelnen Rechtsfolgen knüpfen, ist dies bei der Anfechtung wegen Irrtums der Moment des Vertragsschlusses.

Aus diesem kurzen Vergleich der jeweilig entsprechenden Bestimmungen ist schon ersichtlich, welche Widersprüche sich ergeben würden und zu welchen Unzuträglichkeiten die Zulassung der Konkurrenz führen könnte.

Wenn von den Gegnern dieser Ansicht angeführt wird, daß einer allzu großen Inanspruchnahme des Anfechtungsrechts der § 122 BGB. — nämlich die drohende Ersatzpflicht des Vertrauensschadens — genügend entgegenwirke, so trifft dies nicht einmal zu; denn es wird nur das negative Vertragsinteresse ersetzt und dieses wird häufig gleich Null sein.

Diesen durchgreifenden Erwägungen, von denen sich das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung leiten ließ, konnte sich auch ein großer Teil der Literatur nicht verschließen.[40]

Daraus ergibt sich nun hier, daß der Käufer eines vermeintlich echten Bildes, sofern wegen des Mangels der Echtheit die Gewährschaftsrechte in Betracht kommen, den Vertrag wegen Irrtums nicht anfechten kann. Da andererseits ferner festgestellt worden ist, daß die Gewährleistungsansprüche wegen der Unbehebbarkeit des Mangels auch schon vor Gefahrübergang gegeben sind, so kommt die Anfechtung auch schon vor der Uebergabe, bis zu welchem Zeitpunkt sie das Reichsgericht zulassen will,[41] nicht in Betracht. Es hat somit den Anschein, als ob die Anfechtung, wenn die Echtheit oder Unechtheit eines künstlerischen Bildes in Frage steht, ganz ausgeschaltet ist. Denn zwingende Voraussetzung für die Anfechtung aus § 119 II BGB. ist, daß die Echtheit dem Verkäufer erkennbar als wesentlich dem Vertragsschluß zugrunde gelegt wurde; ganz ähnlich aber erfordert der Wandlungstatbestand, daß die Vertragsparteien die Echtheit beiderseitig vorausgesetzt haben. Sind demnach im Einzelfall die Erfordernisse für die Anfechtung vorhanden, so sind auch meist die Wandlungs-

40) RGRK. § 459, 6, B, d; Staub § 377, Anm. 56 g; Soergel Vorb. Nr. 5 zu § 459; Staudinger Vorbem. 5 g zu § 459; Warneyer § 459 S. 787; v. Gierke § 194, II, 3 d; Achilles-Greiff § 459, 1 c; Neumann § 119, g, S. 140; Dernburg § 185, IV; Schloßmann S. 52/54; Wolzendorf in Iher. Jahrb. Bd. 64, S. 340; Haußman, S. 46; Schneider: Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandlung im Arch. f.d. ziv. Praxis, Bd. 97, Tübingen 1905, S. 142.

41) RGZ. Bd. 61, S. 175.

voraussetzungen gegeben. Noch eindeutiger liegt die Exklusivität, wenn die Echtheit vom Verkäufer sogar zugesichert, arglistig vorgespiegelt, oder ihr Fehlen arglistig verschwiegen worden ist. Man kommt daher zu dem Schlußergebnis, daß die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums über die Echtheit eines Bildes so gut wie ausgeschlossen ist.

V. Die arglistige Täuschung aus § 123 BGB.

Wir kommen jetzt zur Prüfung der weiteren Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Käufer den Vertrag wegen arglistiger Täuschung über die Echtheit des Bildes gemäß § 123 BGB. anzufechten berechtigt ist.

a. Ihre Zulässigkeit neben den Gewährschaftsrechten.

Vorab soll jedoch festgestellt werden, ob neben den Gewährleistungsansprüchen, auch wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind, die Anfechtung gemäß § 123 überhaupt zulässig ist; denn für die Anfechtung aus § 119 II war dies ja zu verneinen.

Wenn auch die Anfechtung wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften nicht mit den §§ 459 ff. BGB. konkurrieren darf, so gilt dies nicht auch ohne weiteres für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Freilich ist letztere ebenfalls nur ein Rechtsbehelf der allgemeinen Bestimmungen des BGB. Aber während bei § 119 II davon auszugehen war, daß der Verkäufer mit Rücksicht und im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht dreißig Jahr lang der Gefahr der Anfechtung des Vertrages durch den Käufer ausgesetzt sein soll, so liegen bei § 123 BGB. derartige rechtspolitische Bedenken nicht vor. Dort will man mit Recht den Verkäufer, der den Irrtum seines Vertragsgegners nicht verschuldet hat, schützen; hier dagegen besteht kein Anlaß, den Verkäufer, der den Irrtum des Käufers arglistig herbeigeführt hat, vor den strengeren Rechtsfolgen seiner eigenen Arglist zu bewahren. Eine solche Benachteiligung des Getäuschten zugunsten des Täuschenden kann nicht i. S. des Gesetzes liegen, wäre geradezu gesetzwidrig. Denn es muß berücksichtigt werden, daß die Wandlung nur zur schuldrechtlichen Aufhebung des Vertrages unter entsprechender Anwendung bestimmter Vorschriften über das Rücktrittsrecht führt[1] (§§ 467, 346 ff.), während die

1) Riezler bei Staudg., § 123, IV, 4, S. 510.

Anfechtung gegen jedermann in den Grenzen des § 142 BGB., also auch gegen jeden Dritten[2] wirkt.

Das Gleiche gilt auch ferner für den Schadensersatzanspruch aus § 463 Abs. I, S. 2 BGB. Denn die Tatbestände dieser beiden Rechtsbehelfe: § 123 und § 463 I S. 2 decken sich keineswegs. Die arglistige Täuschung setzt eine Bestimmung in der Willensrichtung des Käufers voraus, während das arglistige Verschweigen im Falle des § 463 I S. 2 für den Vertragsschluß „nicht" ursächlich zu sein braucht. Wie man sieht, eine nicht unwesentliche Abweichung. Es erscheint daher richtig, die Konkurrenz zwischen Gewährleistungsansprüchen und der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung uneingeschränkt zuzulassen. Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht[3] und die herrschende Meinung in der Literatur.[4]

b. Voraussetzungen und Folgen des Rechtsbehelfs.

Das Gesetz hat eine Begriffsbestimmung der arglistigen Täuschung nicht gegeben. Man wird aber darunter ein Verhalten zu verstehen haben, durch das jemand vorsätzlich bei einem anderen eine falsche Vorstellung hervorruft, bestärkt oder bestehen läßt, zu dem Zwecke, den Willensentschluß des Erklärenden zu beeinflussen und ihn zu der Erklärung zu bestimmen.[5] Der Begriff dieses sog. zivilrechtlichen Betruges stimmt daher mit dem des strafrechtlichen nicht überein. Denn der Tatbestand des § 123 BGB. setzt weder eine Vermögensbeschädigung noch die Absicht voraus, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Unzutreffend erscheint aber auch, daß manche[6] wenigstens eine auf Schädigung des Gegners gerichtete Absicht verlangen. Im § 123 handelt es sich lediglich um den Schutz der freien Willensbestimmung. Die Anfechtung ist daher gegeben, wenn und weil die Willenserklärung durch täuschende Beeinflussung hervorgerufen worden ist.

Die eine falsche Vorstellung erzeugende Beeinflussung kann sowohl durch positive Handlungen, wie auch durch Un-

2) Staub § 377, Anm. 165, a.
3) RGZ. Bd. 96, S. 157/58; 104, S. 2.
4) Staudinger, Vorbem. 5 g zu § 459; RGRK. § 123, 6; Soergel § 123, V; Oertmann § 123, B, 4 a, S. 427; Warneyer § 123, VI; Staub § 377, Anm. 162; Enneccerus § 164, II, S. 443; Tuhr § 68, VI, 2; Loewenwarter § 123, S. 195; Riezler b. Staud. § 123, IV, 4, S. 510; Lindemann-Soergel § 123, V, S. 89; Achilles-Greiff § 459, 1 c; Schmidt § 14, S. 93 ff; Stark in LZ. 1918, S. 247/49.
5) von Tuhr § 68, Bem. I, S. 604; RGZ. Bd. 96, S. 158.
6) Rehbein S. 148, b; Crome I, § 95, vor Bem. 1.

terlassungen — insbesondere Schweigen — erfolgen.[7] Man wird aber das Verschweigen von Tatsachen nicht in jedem Falle als arglistig bezeichnen dürfen. Denn dem Gesetz ist eine allgemeine Offenbarungspflicht unter Hintansetzung aller eigenen Interessen fremd.[8] Auch die Motive[9] haben sich bereits mit dieser Frage beschäftigt. Dort heißt es: „Die für die Tragweite desselben (des zivilrechtlichen Betruges) maßgebende Frage, inwieweit eine Rechtspflicht besteht, dem anderen Teil Umstände mitzuteilen, von denen vorauszusetzen ist, daß sie auf seine Entschließung von Einfluß sein würden, entzieht sich der gesetzlichen Regelung. Im allgemeinen stellt sich jeder arglistige Verstoß gegen Treu und Glauben zum Nachteil eines anderen als Betrug dar." Eine Rechtspflicht zum Reden wird man nach alledem dann anzunehmen haben, wenn die Offenbarungspflicht in der Verkehrssitte, den guten Sitten oder in Rücksicht auf Treu und Glauben wurzelt[10].

Der Verschweigende muß sich aber bewußt gewesen sein, daß er den Vertragsgegner zu einer Willenserklärung bestimmt, die dieser bei Kenntnis der verschwiegenen Tatsache nicht abgegeben hätte.

Mit einem sehr instruktiven Fall arglistiger Täuschung hat sich das Oberlandesgericht Hamburg in seiner den Gemäldehandel betreffenden Entscheidung vom 27. März 1918 beschäftigt. Der Tatbestand ist dort kurz folgender:

Der Beklagte hat durch einen Auktionator in Hamburg in den Tageszeitungen die Versteigerung seiner Sammlung von 400 Oelgemälden ankündigen lassen. Kaufliebhabern wurde ein Katalog übersandt. In der Versteigerung haben die Kläger Bilder gekauft. Es hat sich jedoch ergeben, daß die als „echt" gekauften Bilder sämtlich gefälscht waren. Die Kläger haben daher den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und hilfsweise, was hier nicht interessiert, Wandlung begehrt.

Das Oberlandesgericht erachtet durch folgende Angaben im Katalog, die der Beklagte nicht gutgläubig, sondern bewußt unwahrerweise gemacht habe, die Voraussetzungen für die Anfechtung aus § 123 BGB. als vorliegend.

7) Planck § 123, I, 5; Enneccerus § 162, I, 1; Soergel § 123, Bem. 1; Oertmann § 123, B, 1, e, S. 423; RGRK. § 123, Bem. 2; Riezler b. Staudg. § 123, IV, 1; Warneyer § 123, I, S. 190; Dernburg § 146, S. 142.
8) RGZ. Bd. 62, S. 150.
9) Motive z. Entw., allgemeiner Teil, Seite 208.
10) Riezler bei Staudg., § 123, IV, 1, S. 508.
11) Hanseatische Gerichtszeitung 1918, S. 115 ff.

Der Beklagte habe zunächst den Dr. „K.", der die Gemäldesammlung in seinem Auftrage geprüft und begutachtet und das Ergebnis der Abschätzung im Katalog niedergelegt habe, in diesem Katalog als „Assistent" des Generaldirektors der königlichen Museen, was jedoch nicht der Fall sei, ausgegeben. Der Beklagte habe durch diese Bezeichnung den Gutachter als zuverlässigen Fachmann den Kauflustigen empfehlen wollen. Denn, so führt das OLG. zutreffend weiter aus, angesichts der Bedeutung der Aeußerung eines Fachmannes über ein Kaufobjekt kommt es für den Käufer auf das Maß seiner Sachkenntnis ganz wesentlich an. Die erforderliche Empfehlung habe der Beklagte durch die wahrheitswidrige Bezeichnung zu geben versucht.

Man wird dem beistimmen, daß hierin ein Tun des Beklagten zu erblicken ist, das bei den Käufern eine falsche Vorstellung hervorrufen sollte, um sie zur Abgabe der Kauferklärung zu veranlassen.

Das OLG. sieht aber noch ferner darin Arglist, daß sich der Beklagte in der Weise wie geschehen, — er habe gestattet, daß der Versteigerer jedesmal vor der Ausbietung eines neuen Gemäldes die Abschätzung des K. bekannt gegeben habe —, auf das Gutachten des K. berufen habe. Dieser habe an zwei Tagen in „acht" Stunden 300 Bilder abgeschätzt und eine Anzahl ganz ausgeschieden. Der Beklagte habe erkennen müssen, daß bei dem Zeitaufwand von kaum mehr als 1 Minute für die schriftliche Abschätzung jedes Bildes nur eine ganz oberflächliche Beurteilung stattgefunden habe. Es sei nicht die normale Sorgfalt aufgewendet worden, mit der Kaufliebhaber hätte rechnen dürfen, wenn das Gutachten, als Empfehlung im Katalog erwähnt worden sei. Durch die Angabe im Katalog sei der Kauflustige verleitet worden, den Wert des Gutachtens zu überschätzen.

Auch diese Ausführungen sind völlig zutreffend: der Beklagte hätte die Tatsache, daß die Prüfung und Abschätzung nur ganz oberflächlich geschehen ist, keineswegs verschweigen dürfen, da sie für die Willensbestimmung der Interessenten von offensichtlicher Bedeutung war.

Das dritte erhebliche Moment erblickt der erkennende Senat darin, daß der Beklagte durchaus falsche tatsächliche Angaben über den Erwerb der zum Verkauf gebrachten Gemälde im Vorwort des Katalogs gemacht habe. Er habe sich

dort als Sammler in Parallele zu anderen anerkannten Kunstförderern und Kennern alter und neuer Zeit gebracht. Er behaupte, auf unzähligen Reisen mit unendlicher Mühe und Liebe gesammelt, das Ergebnis, ein gut Stück Lebensarbeit, in den Jahren gehegt und gepflegt zu haben, während er eingestandenermaßen die Bilder zur möglichst schnellen Weiterveräußerung in der Hauptsache von einem Baden-Badener Kunsthändler erworben habe.

Das OLG. führt weiter treffend aus, die Stellung des Verkäufers als Sammler sei neben den Angaben über die Begutachtung durch Fachleute für nicht besonders sachverständige Kaufliebhaber einer Gemäldeversteigerung, mit denen der Beklagte auch gerechnet habe, von bestimmender Bedeutung. Denn, wer für die Einreihung in die eigene Sammlung kaufe, sammle im Laufe der Jahre Fachkenntnisse und wähle sorgfältiger aus, als der Händler, der nur kauft, um unter Ausnutzung einer vermeintlichen Konjunktur möglichst vorteilhaft wieder abzustoßen. Dem Bilderhändler werde mit Mißtrauen begegnet, dem langjährigen Privatsammler dagegen mit Vertrauen. Die Empfehlung eines Bildes durch seine Zugehörigkeit zu einer ernsten Sammlung spiele insbesondere auch dann eine Rolle, wenn es sich um ein Bild unsicherer Herkunft handle. Es werde durch die Würdigung eines erfahrenen Sammlers aus dem Mittelmaß namenloser Handwerkskunst herausgehoben.

Es sei daher auch ein werterhöhender Umstand, wenn ein Bild aus der ernsthaften Sammlung eines erfahrenen Kunstliebhabers stamme.

Das Bewußtsein des Beklagten von der Willensbestimmung der Käufer begründet das OLG. zutreffend damit, daß der Beklagte nicht zwecklos Unwahrheiten vorgetragen haben könne. Er müsse vielmehr die objektive Erheblichkeit seiner Angaben erkannt und ihre Einwirkung auf die Kaufliebhaber gewollt haben.

Bisher ist nur davon ausgegangen worden, daß jemand bei einem anderen, sei es durch positives Tun, sei es durch Unterlassungen eine falsche Vorstellung hervorruft oder bestärkt.

Streitig ist aber nun die Frage, ob ein Täuschen überhaupt vorliegt, sofern der „Sichtäuschende" bereits in einem Irrtum befangen ist, sodaß lediglich eine Benutzung fremden Irrtums in Betracht käme.

Von manchen Autoren[12] wird die Auffassung vertreten, daß die Benutzung eines bereits vorhandenen Irrtums, in dem man den Vertragsgegner nur beläßt, nicht unter § 123 falle.

Das Beispiel, das Oertmann zur Erläuterung seiner Ansicht anführt, ist folgendes: „X. findet im Auswahlheft eines Briefmarkenhändlers eine Marke, die in offenbarer Verwechselung mit einer anderen, ähnlichen, um ein vielfaches zu billig im Preise angesetzt war und entnimmt sie, ohne den Verkäufer hierüber aufzuklären."

Hier entfiele, sagt Oertmann, die Anfechtbarkeit, weil der Käufer den Geschäftswillen des Gegners nicht erst hervorgerufen, sondern nur seinen Irrtum benutzt habe.

Ein ähnlicher Fall wird zwar im Gemäldehandel sehr selten praktisch werden. Immerhin erscheint es nicht ausgeschlossen, daß jemand, sei es auf Grund eigener Sachkunde, sei es infolge Beratung von dritter Seite ein Bild „ohne Zutun" des Verkäufers für echt hält und als solches kauft.

Oertmann[13] geht nun davon aus, daß in einem solchen Falle die Kausalität fehle. Das kann jedoch nicht für zutreffend erachtet werden. Richtig ist nur, daß dann das Schweigen nicht für die „Erregung" des Irrtums ursächlich ist; kausal ist und bleibt es aber für das Fortbestehen des Irrtums. Selbst das Bestehenlassen eines Irrtums kann aber arglistig sein; denn es wäre nicht einzusehen, warum dem Arglist zur Last fallen sollte, der einen Irrtum bei einem anderen weckt, nicht jedoch demjenigen, der einen schon vorhandenen Irrtum benutzt und nicht beseitigt. Die Benutzung fremden Irrtums ist daher in ihren Rechtsfolgen der Erregung völlig gleichzustellen, sofern ihn nur der Verschweigende gekannt und eine Rechtspflicht zum Reden für ihn bestanden hat. Dahin geht auch vorwiegend die Ansicht in der Literatur.[14]

Umstände aber, die mit der Frage nach der Echtheit eines Bildes im Zusammenhang stehen und für sie von Bedeutung sind, darf der Verkäufer, sofern es nach dem Inhalt des Vertrages auf die Echtheit ankommen soll, niemals verschweigen. Er hat sie vielmehr dem Kaufliebhaber mitzuteilen, da er sich bewußt sein muß, daß sie für den Willensentschluß von Einfluß sein werden. Unterläßt er dies, so handelt er arglistig.

12) Oertmann § 123, B, 1, e, S. 423; Crome I, § 95, Anm. 15; Bank S. 48.
13) a.a.O., § 123, B, 1 e, S. 423.
14) Hölder § 123, 1 c; Rehbein S. 148; RGRK. § 123, 2; Staub § 377, Anm. 162; Warneyer § 123, 1, S. 189; Enneccerus § 162, I, 1; von Tuhr § 68, I, S. 604; Neumann § 123, 1, 1; Dernburg § 140, S. 492.

Der § 123 erfordert im Gegensatz zu § 463 I S. 2 BGB. noch, daß die Täuschung für den Willensentschluß des Getäuschten ursächlich,[15] zu mindestens mitbestimmend[16] war.

Dies dürfte bei der Täuschung über die Echtheit eines Gemäldes wohl ausnahmslos der Fall sein und bedarf demnach keiner weiteren Erörterung.

Ist nach alledem im Einzelfall die Anfechtung statthaft, und erfolgt sie innerhalb Jahresfrist (§ 124 I BGB.) seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes, so hat sie die Nichtigkeit des Vertrages ex tunc zur Folge. Der Käufer kann daher den etwa bereits gezahlten Kaufpreis nach den Grundsätzen über rechtlose Bereicherung (§ 812 ff. BGB.) zurückfordern.

Der Klage des Käufers kann hier der Verkäufer nicht den Entreicherungseinwand des § 818 III BGB. entgegensetzen und zwar aus folgendem Grunde: Hat der Verkäufer arglistig gehandelt, so kannte er die Anfechtbarkeit des Vertrages; der Kenntnis von der Anfechtbarkeit steht aber nach § 142 II die Kenntnis von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gleich. Infolgedessen hatte der Verkäufer zur Zeit des Empfanges des Kaufgeldes dann auch Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes (§ 819 I BGB.) und haftet daher auf die Rückzahlung, wie wenn der Anspruch bereits zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit aber an haftet er gemäß § 818 IV BGB. nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. gemäß §§ 291, 292 BGB. und den dort angezogenen Gesetzesstellen. Er hat demnach, abgesehen von der noch strengeren Haftung bei Verzug, jedes Verschulden zu vertreten (§§ 987, 989 BGB.). —

VI. Die Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

Schließlich bleibt noch zu untersuchen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen dem Käufer eines unechten, als echt gekauften Bildes gegen den Verkäufer Ansprüche aus unerlaubter Handlung zustehen.

a. Die Konkurrenzfrage.

Vorauszuschicken ist, daß ebenso wie die Vertragsansprüche, insbesondere Wandlung, Minderung oder Schadensersatz mit dem Anfechtungsrecht aus § 123 BGB. konkurrie-

15) Riezler b. Staudg. § 123, IV, 2; RGRK. § 123, Bem. 2, S. 176; Warn. Rechtspr. 1913 Nr. 2 und 273; RG. i. Recht 1912, Nr. 3167.
16) RGZ. Bd. 77, S. 314.

ren können, auch die Ansprüche aus den §§ 823 ff. BGB. völlig selbständig neben diesen Rechtsbehelfen stehen. Auch wenn daher im Einzelfalle für den Käufer wegen der mangelnden Echtheit die Gewährleistungsansprüche gegeben sind[1] und wenn ferner der Kaufvertrag gegebenenfalls wegen arglistiger Täuschung[2] gemäß § 123 anfechtbar ist, so können ihm gleichwohl nebenher Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen den Verkäufer erwachsen sein.

b. Anspruchsvoraussetzungen.

Der § 823 I BGB. gibt einen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen, der „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt". Da hiernach das Vermögen[3] im allgemeinen, in seiner Gesamtheit nicht geschützt wird, kommt für die hier gedachten Fälle höchstens noch eine Verletzung der Freiheit und zwar in „der Willensentschließung" in Betracht.[4] Dies wird jedoch für den Fall der arglistigen Täuschung, sei es durch Vorspiegeln oder bloßes Verschweigen zu verneinen sein; denn der Wille ist in solchen Fällen nur ebenso unfrei, wie in jedem anderen Fall eines für den Käufer bestimmend wirkenden Irrtums. Man wird unter Freiheit i. S. dieser Vorschrift nur die freie Verfügung über die eigene Person zu verstehen haben; lediglich Eingriffe in die Entschließungsfreiheit gehören nicht hierher.[5] Damit scheidet § 823 I aus.

Voraussetzung für den Anspruch aus § 823 II ist die Verletzung eines Schutzgesetzes. Unter Schutzgesetz hat man i. S. dieser Bestimmung solche Gesetze zu verstehen, die dem Schutz des Einzelnen im Gegensatz zur Gesamtheit dienen und dienen sollen.[6] Einen solchen Schutz verfolgen und bezwecken insbesondere diejenigen gesetzlichen Vorschriften, die einen

1) Gierke III, § 194, S. 480, e; Staudinger Vorbem. 8 zu § 459; RGRK. § 459, 6, e; Soergel § 823, Vorb. 2; Warneyer § 459, S. 788; Enneccerus § 335, II; Oertmann § 463, 8 d; Lindemann-Soergel Vorb. 2 zu § 823.

2) Staudinger Vorb. III, d, zu § 823; Soergel, Vorb. 2 zu § 823; RGRK. Vorb. 4 e. zu § 823; Warneyer § 123, S. 195; Enneccerus § 164, I; Oertmann § 123, S. 427; Planck § 123, S. 309; Rehbein S. 150; Riezler b. Stdg. § 123, S. 309; Loewenwarter § 123, S. 120; v. Tuhr § 68, S. 626; Achilles-Greiff § 123, III, 2 a; Schmidt § 15, S. 97 ff.

3) RGRK. § 823, 1 γ; Enneccerus § 459, I, 1 e; Warneyer § 823, III, S. 1307; Staudinger § 823, II, A, 2 c ε; Cosack § 229, S. 670; Neumann S. 648.

4) So Planck 1907, § 823, II, d, S. 971; Crome S. 1018; Dernburg § 390, II, S. 722.

5) RGRK. § 823, Bem. 7; Warneyer § 823, III, S. 1305; Enneccerus § 459, 2 d.

6) RGRK. § 823, Bem. 14; Warneyer § 823, S. 1307; Enneccerus § 425, I, 1 a; Staudinger § 823, III, A, 2, a.

zukünftigen Schaden von dem Einzelnen abzuwenden suchen. Dazu gehört aber auch der § 263 StGB. — Wird ein Bild dessen Unechtheit dem Verkäufer bekannt ist, als echt verkauft, so dürfte regelmäßig auch der Tatbestand des § 263 StGB. erfüllt sein. Denn in objektiver Hinsicht hat dann der Verkäufer durch Vorspiegelung einer falschen Tatsache — der Echtheit — oder durch Unterdrückung einer wahren — der Unechtheit — in dem Käufer einen Irrtum erregt oder zumindestens unterhalten. Der Irrtum führte zum Vertragsschluß und auf Grund dessen zu einer Vermögensdisposition nämlich zur Zahlung des Kaufpreises, oder zur Eingehung der Verpflichtung hierzu. Diese Verfügung hat auch einen Vermögensschaden zur Folge, denn er erhält als Entgelt für die Zahlung eines einem Original entsprechenden Kaufpreises eine Fälschung oder Kopie. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale stehen alsdann auch miteinander in Kausalzusammenhang. In subjektiver Beziehung ist Vorsatz erforderlich und gegeben, sofern der Verkäufer zur Zeit des Vertragsschlusses Kenntnis von der Unechtheit besaß. Das weitere subjektive Moment, die Absicht des Verkäufers, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist darin zu erblicken, daß er für eine Fälschung den Preis eines Originalstücks verlangt. Unter diesen Voraussetzungen wäre der gesetzliche Tatbestand des strafrechtlichen Betruges erfüllt und demnach auch der Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II gegeben.

Hat aber der Verkäufer den Käufer bei Vertragsschluß betrogen, so wird ihm auch stets noch der Anspruch aus § 826 BGB. zur Seite stehen. Denn der § 263 StGB. schließt immer eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung in sich. Eine nähere Prüfung und Eingehen auf diesen Anspruch erscheint demnach überflüssig.

Beide Ansprüche: § 823 II wie § 826 BGB. gehen auf Schadensersatz. Dieser ist nach § 249 BGB. zu leisten. Es ist der Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand, hier die Täuschung, der Betrug nicht eingetreten wäre. Ohne diesen würde aber der Käufer den Vertrag nicht abgeschlossen haben. Er kann daher die Wiederaufhebung des Vertrages und Herstellung seines früheren Vermögenszustandes verlangen.

Der Käufer kann aber auf Grund von §§ 823 ff. BGB. nicht fordern, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag vom

Verkäufer o r d n u n g s m ä ß i g erfüllt worden wäre; sein Anspruch geht daher nur auf das negative, nicht auf das positive Interesse. Der Käufer, dem vom Verkäufer die Echtheit des Bildes arglistig vorgespiegelt worden ist, handelt daher klüger, wenn er den Vertragsanspruch aus § 463 BGB., dessen Berechtigung oben entwickelt worden ist, in erster Linie geltend macht. —

C.

Schlußbetrachtung.

Wenn man nun am Schluß der Arbeit einen Rückblick tut und das Endergebnis betrachtet, so wird man sagen können, daß beim Verkauf eines unechten Bildes als echt die Rechtslage für den Käufer nach der hier vertretenen Ansicht im wesentlichen nicht ungünstiger ist, als die des Käufers einer anderen Sache, bei der es nach dem Vertrage auf die Echtheit ankommen soll. Für den Erwerb von Meistern jüngster Zeit ist dies in Literatur und Rechtsprechung unstreitig. Nicht so unzweifelhaft ist dagegen die Rechtsposition des Käufers, — wie man gesehen hat, — wenn ein älteres Bild oder gar ein Kunstwerk der Antike Gegenstand des Vertrages ist. Deshalb wird der Erwerber in solchen Fällen immer gut daran tun, sich die Echtheit des Gemäldes ausdrücklich zusichern zu lassen; dann wird er vor etwaigem Schaden bewahrt bleiben. Seine weitere Sorge muß es dann sein, die Echtheit des erstandenen Bildes im Hinblick auf die kurz bemessene Verjährungsfrist des § 477 BGB. alsbald nochmals eingehend nachprüfen zu lassen. Denn eine Vertragsanfechtung gemäß § 119 II BGB. kommt grundsätzlich nicht in Frage. Oftmals wird in zweifelhaften Fällen eine sichere Feststellung der Echtheit oder Unechtheit nicht leicht und eine objektive Gewißheit zuweilen überhaupt unerreichbar sein. Diese Gefahr trifft freilich dann den Käufer. Denn ist die Echtheitsfrage im Einzelfall so zweifelhaft, so dürfte der Käufer den ihm obliegenden Beweis der Fehlerhaftigkeit des Kaufobjekts nicht führen können. Noch aussichtsloser aber gestaltet sich für den Käufer die Rechtslage „n a c h“ Ablauf der kurzen Verjährungsfrist aus § 477 BGB.; denn ist die Echtheit derart schwer feststellbar, so wird jedes Verschulden, insbesondere Arglist, von vorn herein entfallen, sodaß der Verkäufer alsdann aus keinem Gesichtspunkte haftet. —

Lebenslauf.

Ich, Herbert Kieler, bin am 18. Januar 1905 zu Tarnowitz (Poln. Oberschlesien) als Sohn des späteren Dolmetscheroberinspektors Paul Kieler und seiner Ehefrau Margarete, geb. Klose, geboren. Bis zum Jahre 1915 besuchte ich in Neustadt OS. die Volksschule und von da ab ebenda das humanistische Gymnasium, auf dem ich im Jahre 1924 das Zeugnis der Reife erwarb. Alsdann studierte ich an der Universität zu Breslau, wo ich auch am 12. und 13. Juli 1928 vor der Justizprüfungskommission des Oberlandesgerichts die erste juristische Staatsprüfung bestand. Am 26. Juli 1928 legte ich das mündliche Doktor-Examen vor der hohen Prüfungskommission der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Breslau ab. Seit dem 20. Juli 1928 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.